

Università di Napoli “Federico II”



Tesi di Dottorato in Diritto dell'Economia
in Co-tutela con l'Università di Potsdam

XXVII° Ciclo

**Profili giuridici del contratto di rete, Internazionalizzazione delle imprese e
Diritto della concorrenza**

Dott. Francesco Romano

Tutor: Prof.ssa Consiglia Botta

Anno accademico 2014-2015

INDICE

CAPITOLO I

Gli istituti giuridici delle aggregazioni tra imprese

1. Introduzione
2. L'autonomia negoziale a supporto delle attività d'impresa
3. La definizione delle aggregazioni di impresa
4. Il fenomeno dell'aggregazione nella legislazione italiana: il distretto industriale
 - 4.1 L'introduzione dei distretti industriali nell'ordinamento giuridico italiano
 - 4.2 L'evoluzione del distretto: da area geografica a sistema produttivo
 - 4.3 La finanziaria 2006 e la disciplina attuale del distretto
 - 4.4 Questioni privatistiche in tema di distretto
 - 4.5 Il ddl Bersani l'evoluzione del distretto in rete di imprese
5. L'esigenza di una nuova figura aggregativa: il contratto di rete
6. Modelli organizzativi societari di coordinamento delle aggregazioni di impresa
 - 6.1 Il consorzio tra imprese
 - 6.1.1 I consorzi a rilevanza esterna
 - 6.2 La società consortile
 - 6.3 Il Gruppo europeo di interesse economico - GEIE
 - 6.4 Il contratto di subfornitura
 - 6.5 Altre tipologie di contratti di collaborazione tra imprese privi di organizzazione
7. Il contratto di rete: come strumento giuridico di tutela per le Pmi

CAPITOLO II

Fondamenti economici e disciplina del contratto di rete

1. Il sistema economico italiano: l'impatto della crisi
2. L'esigenza di politiche aggregative e la promozione del contratto di rete
3. Lo Statuto delle imprese e la promozione dell'aggregazioni di impresa
4. Genesi della nuova tipologia contrattuale
5. L'introduzione della disciplina del contratto di rete nell'ordinamento italiano: la l. n. 33 del 2009
6. Il contratto di rete: nuova figura contrattuale o esempio di trans-tipicità?
7. L'evoluzione normativa del contratto
8. Disciplina attuale del contratto di rete
 - 8.1 La disciplina del contratto di rete ante riforma

9. Reti “leggere” e reti “Pesanti”
10. Le agevolazioni riconosciute al contratto di rete
 - 10.1 Le agevolazioni fiscali
 - 10.2 Le agevolazioni di natura amministrativa e finanziaria
 - 10.3 Le agevolazioni in materia di ricerca & sviluppo
 - 10.4 Altre agevolazioni finanziarie
 - 10.4.1 Il finanziamento bancario
 - 10.4.2 I finanziamenti regionali e locali

CAPITOLO III

Gli elementi del contratto di rete

1. L'accordo (adesioni originarie e successive) e la sua violazione
2. Le parti del contratto
3. Il programma (l'oggetto) ed il contenuto del contratto
 - 3.1 La forma collaborativa
 - 3.2 Lo scambio di informazioni o di prestazioni
 - 3.3 L'esercizio in comune di una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa
4. Realizzabilità del programma di rete
5. Gli adempimenti pubblicitari

CAPITOLO IV

I contenuti del contratto di rete

1. I contenuti obbligatori
2. Gli elementi facoltativi
 - 2.1 Il fondo patrimoniale comune
 - 2.1.1 I patrimoni destinati e la rete
 - 2.2 L'organo comune
 - 2.3 Lo scioglimento del contratto di rete: recesso, esclusione e risoluzione del contratto

CAPITOLO V

Il regime della responsabilità nel contratto di rete

1. La disciplina della responsabilità patrimoniale nelle differenti tipologie di reti di impresa
 - 1.1 Rete priva di fondo patrimoniale comune

- 1.2 Rete di impresa priva di organo comune
- 1.3 Rete di impresa dotata di organo comune
- 1.4 Rete di impresa dotata di fondo patrimoniale comune
- 2. Compatibilità con le norme vigenti in materia di consorzio
- 2.1 Inapplicabilità delle procedure concorsuali e le sue ragioni
- 3. Fondo patrimoniale comune insufficiente ed incapiente
- 4. Inadempimento e responsabilità nella rete
- 4.1 La responsabilità nei rapporti interni tra le imprese aderenti alla rete
- 4.2 La responsabilità da inadempimento della rete
- 4.3 La responsabilità della rete verso terzi

CAPITOLO VI

Sviluppi attuali del contratto di rete: *Rating* ed internazionalizzazione delle imprese

- 1. *Rating* e bancabilità delle reti di impresa
- 2. Lo strumento del contratto di rete per l'internazionalizzazione delle imprese
- 3. Il contratto di rete europeo
- 4. Le aggregazioni di impresa nell'ordinamento tedesco: il *cluster* e la *Gesellschaft bürgerlichen Rechts*
- 4.1 L'evoluzione del sistema produttivo tedesco; la nascita del *Cluster*
- 4.2 Il cluster tedesco: *die Bündelung von Kompetenzfeldern*
- 4.3 Le competenze legislative e le politiche federali
- 4.4 Le politiche dei *Länder*
- 4.4.1 Il caso del *NRW*: *Stärken stärken, Stärken entwickeln*
- 4.4.2 Il caso della Baviera
- 4.5 *Cluster vs Rete* di imprese, similitudini e differenze

CAPITOLO VII

Le aggregazioni nell'ordinamento tedesco e profili di Diritto della Concorrenza

- 1. La disciplina delle aggregazioni; il *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)*
- 2. Genesi della normativa
- 3. Soggetti coinvolti
- 4. Razionalizzazione di processi economici
- 5. Conseguenze giuridiche ed organizzazione e forma giuridica dei cartelli tra Pmi
- 6. Accordi e decisioni delle aggregazioni di impresa

- 7. Tipologia di accordi ammessi
- 7.1 Scopo comune (accordi classici orizzontali)
- 7.2 Contratti di scambio
- 7.3 Contratti a stella e altri sistemi verticali basati su rapporti orizzontali

CAPITOLO VIII

La GbR e gli accordi di collaborazione tra imprese

- 1. Profili generali della *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* (GbR)
- 2. La definizione di *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* e il suo ambito di applicazione
- 3. La disciplina patrimoniale della *Gesellschaft bürgerlichen Rechts*
- 4. I tipi giuridici
- 4.1 Società a tempo determinato e società contratte senza limiti di durata
- 4.2 Società con rilevanza esterna o meramente interna, società con o senza patrimonio
- 4.3 Società con soli fini civilistici e società titolare d'impresa
- 4.4 Panoramica delle tipologie giuridiche più diffuse nella prassi
- 4.4.1 Gruppi di lavoro (*Arbeitsgruppen*)
- 4.4.2 Cooperativa di costruttori e fondi immobiliari (*Bauherrengemeinschaft* e *Immobilienfonds*)
- 4.4.3 *Arbeitsgemeinschaften im Baugewerbe - Arge*
- 4.4.4 Società con attività d'impresa
- 4.4.5 Le diverse forme di manifestazione di società con durata limitata: i consorzi e i *pool* tra imprese
- 4.5 Questioni giuridiche in tema di GbR: in particolare la figura giuridica della cd. *Gesamthandsgesellschaft* negli artt. 718 ss. BGB
- 4.6 La figura della *BGB-Gesellschaft* quale titolare di attività di impresa
- 4.7 I requisiti di una *BGB-Gesellschaft*
- 4.7.1 I soci
- 4.7.2 Il contratto societario
- 4.7.3 Lo scopo comune
- 4.8 La costituzione della società e la partecipazione ad essa
- 4.8.1 Acquisto e perdita della partecipazione societaria
- 4.9 Diritti ed obblighi dei soci
- 4.9.1 Il criterio di accuratezza
- 4.9.2 I diritti partecipativi dei soci
- 4.9.3 I diritti patrimoniali dei soci
- 4.10 Il patrimonio societario
- 4.11 Scioglimento e fine della società

- 4.12 Il diritto esterno della *BGB-Gesellschaft*: società interne, *Gesamthandsgemeinschaft* e società titolare di attività di impresa
- 4.13 Il diritto esterno di una *BGB-Gesellschaft*
 - 4.13.1 La società quale soggetto giuridico, creditore, debitore
 - 4.13.2 I negozi giuridici della società
 - 4.13.3 Il possesso di beni da parte della GbR
- 4.14 La responsabilità extracontrattuale della società
- 4.15 La responsabilità personale
 - 4.15.1 La responsabilità accessoria del socio in applicazione analogica degli artt. 128 e ss. HGB
 - 4.15.2 Il fallimento dei modelli tradizionali di responsabilità
 - 4.15.3 I rapporti di obbligazione che nascono dalla legge
- 5. Gli accordi tra imprese più rilevanti al fine del confronto con il contratto di rete: *ARGE*, *EWIV*, *Pool*, *Konsortium* e *Joint-venture*
- 6. Le *ARGE*
 - 6.1 Fondamenti economici e giuridici
 - 6.2 I tipi di *ARGE* e le loro forme giuridiche
 - 6.2.1 Differenze con il consorzio
 - 6.3 I vari tipi dell'*ARGE*
 - 6.4 La costituzione di una *ARGE*
 - 6.4.1 Problemi della *Bietergemeinschaft*
 - 6.5 Il contratto di *ARGE*
 - 6.6 I rapporti interni dell'*ARGE*
 - 6.6.1 Gli organi dell'*ARGE* e i loro compiti
 - 6.6.2 L'*Aufsichtsstelle* - Assemblea dei soci
 - 6.6.3 La direzione della società
 - 6.6.4 La direzione lavori
 - 6.7 I diritti e gli obblighi dei soci
 - 6.7.1 I diritti dei soci
 - 6.7.2 I doveri dei soci
 - 6.8 I rapporti esterni dell'*ARGE*: il potere di rappresentanza
 - 6.9 Efficacia della rappresentanza
 - 6.10 La responsabilità
 - 6.10.1 Possibilità di limitazione della responsabilità
 - 6.11 L'estinzione dell'*ARGE*
 - 6.11.1 Motivi che portano all'estinzione della *ARGE*

- 6.11.2 Conseguenze dello scioglimento
- 6.12 L'uscita di un socio
 - 6.12.1 Conseguenze dell'uscita
- 7 Fondamenti giuridici dell' EWIV - GEIE
 - 7.1 Disciplina applicabile
 - 7.1.1. Il diritto societario della società prima della sua costituzione
 - 7.1.2 Il diritto societario di un GEIE già iscritto nel registro delle imprese
 - 7.2 Liceità del GEIE
 - 7.3 Stipula del contratto di fondazione di un GEIE
 - 7.4 I rapporti interni
 - 7.4.1 Il diritto dei soci
 - 7.4.2 Gli obblighi dei soci
 - 7.4 Modifiche nella composizione contrattuale
 - 7.5.1 Uscita
 - 7.5.2 Ingresso
 - 7.6 Rappresentanza del GEIE
 - 7.6.1 Nomina ed esonero della direzione societaria
 - 7.7 Cambiamento della sede sociale
 - 7.8. Nullità, scioglimento, liquidazione e insolvenza di un GEIE
 - 7.8.1 Nullità
 - 7.8.2 Scioglimento e liquidazione
 - 7.8.3 Insolvenza
- 8. *Konsortium e Pool*
 - 8.1 Delimitazioni dalle altre figure
 - 8.2 I *Pool* dei diritti di voto
 - 8.3. Contenuto del contratto
 - 8.4 *Pool* di garanzia
 - 8.4.1 *Pool* di garanzia indipendente da una situazione di crisi dell'impresa
 - 8.5 Consorzio
 - 8.6 Consorzio di emissione
 - 8.6.1 Contenuto minimo del contratto
 - 8.6.2 Responsabilità
 - 8.7 Consorzio di credito
 - 8.7.1 Contenuto del contratto
 - 8.8 Combinazione di un *pool* e di un consorzio

- 9. Definizione e campo di applicazione di una *Joint Venture*
- 9.1 Motivi per la costituzione di una *Joint Venture*
- 9.2 Tipi di *Joint Venture*
- 9.3 Diritto *Antitrust*
- 9.3.1 Diritto tedesco *antitrust*
- 9.3.2 Diritto *antitrust* comunitario
- 9.4 *Mehrmütterberrschaft* - Controllo cumulativo di una pluralità di imprese
- 9.5 Responsabilità dei partecipanti ad una *Joint Venture* per le obbligazioni della società comune
- 9.6 Il contenuto del contratto di *Joint Venture*
- 9.7 Profili giuridici della società comune
- 9.8 Obblighi dei soci della *Joint Venture*
- 9.9 Durata del contratto e recesso del socio
- 9.10 Regolamentazione dello statuto dell'aggregazione di imprese
- 9.11 Organi della società comune e formazione della volontà
- 9.12 Divieto di concorrenza
- 9.13 Modificazione del lato soggettivo della società

ABSTRACT

Il lavoro si propone di valutare i fenomeni aggregativi delle piccole e medie imprese (Pmi), con particolare attenzione alla disciplina italiana e tedesca in tema di reti di impresa.

L'esigenza della crescita dimensionale e del sostegno alla competitività e all'internazionalizzazione delle Pmi, a cui viene assegnato un ruolo propulsivo dell'economia, è molto sentita in Italia, come dimostra l'introduzione del contratto di rete nel nostro ordinamento. La Commissione europea, peraltro, ha definito tale figura negoziale una "*best practice*" da seguire, prospettando l'elaborazione di un contratto di rete europeo modellato su quello italiano, per favorire le relazioni tra le Pmi dell'UE e contribuire alla creazione di reti di imprese transnazionali. Una disciplina specifica per le imprese europee che si aggregano in rete è un fattore essenziale per lo sviluppo della fattispecie; tuttavia il contratto di rete presenta ancora aspetti controversi di qualificazione e di disciplina; soprattutto, può comportare effetti anticoncorrenziali (ex artt. 101 e 102 del TFUE - Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea). La rete, infatti, può essere soggetta alla disciplina dell'abuso di posizione dominante non solo sotto il profilo della tutela della concorrenza ma anche in relazione alla normativa in tema di consumatori.

Il sistema produttivo tedesco, sebbene tradizionalmente basato sulle grandi imprese (*Konzern*), attribuisce oggi un ruolo sempre più rilevante alle Pmi. Per questo, la Germania guarda con grande interesse al contratto di rete, non ancora contemplato dall'ordinamento interno. Di grande rilievo, peraltro, è la circostanza che, in Germania, il contrasto normativo tra la promozione delle aggregazioni e la tutela della concorrenza sia stato già affrontato nel GWB (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* - legge contro le limitazioni concorrenziali), con una disciplina speciale la quale, in deroga alla normativa anticoncorrenziale posta all'art. 101 del TFUE, consente - a determinate condizioni - i cartelli tra piccole e medie imprese realizzati allo scopo di aumentarne la competitività.

Il lavoro mira, quindi, attraverso un'analisi comparativa tra le figure aggregative tipizzate nell'ordinamento tedesco (*GbR*, *Bietergemeinschaft*, *Cluster*, *Konsortium*, *Joint-venture*, *Pool*, *EWIV*) e le fattispecie previste nell'ordinamento italiano, all'individuazione di un modello contrattuale di rete di imprese che, attraverso una disciplina uniforme, scivra da oscillazioni ed incertezze, ed in linea con la normativa anticoncorrenziale, favorisca il processo di internazionalizzazione di cui le Pmi avvertono oggi acutamente la necessità.

CAPITOLO I

Gli istituti giuridici delle aggregazioni tra imprese

1. Introduzione

L'esigenza della crescita dimensionale e del sostegno alla competitività delle piccole e medie imprese (Pmi), a cui viene assegnato un ruolo propulsivo dell'economia, è molto avvertita in Italia, in particolare in un contesto congiunturale di recessione, quale quello attuale.

Le Pmi rappresentano la struttura portante del sistema produttivo nazionale¹; la loro estrema frammentazione, la sottocapitalizzazione e la ridotta dimensione delle attività economiche basate prevalentemente sul mercato interno, ha comportato un'amplificazione degli effetti negativi della crisi che, dal 2007, ha colpito l'economia mondiale, rendendo sempre più necessarie politiche di intervento volte a favorire la ripresa.

Il fenomeno è accentuato dalla circostanza che il finanziamento esterno a tali attività produttive è rappresentato esclusivamente dagli affidamenti bancari, che costituiscono la modalità spesso più onerosa di credito.

In un contesto nel quale la domanda interna è in continua diminuzione, le esportazioni rappresentano l'unico elemento in positivo per molte aziende. Il loro aumento - prevalentemente in alcuni comparti del sistema industriale - sta producendo una frattura all'interno delle Pmi che dà vita a due realtà diverse: la prima comprende le imprese più dinamiche, cd. *export-oriented*, che hanno recuperato competitività,² hanno ridefinito accuratamente le proprie strategie di posizionamento sul mercato e sono state in grado di internazionalizzarsi e realizzare innovazioni di processo e di prodotto, anche grazie alla maggiore capitalizzazione patrimoniale e finanziaria. La seconda, al contrario, raggruppa le Pmi meno dinamiche, che hanno perso progressivamente livelli di produttività e competitività e sono orientate prevalentemente al mercato interno³.

Non tutte le imprese tuttavia hanno la capacità di esportare i propri prodotti. In particolare, quelle di minori dimensioni si trovano nell'impossibilità di sostenere gli ingenti costi necessari ad affrontare i mercati esteri. Il contesto è reso ancor più complesso dalla rapidità con cui le economie dell'Estremo Oriente stanno invece reagendo alla crisi, rilanciando una competitività che fa perno su fattori fino ad

¹ Nonostante la pesante ristrutturazione di questi ultimi anni, il sistema produttivo del nostro Paese è ancora caratterizzato da una persistente prevalenza delle piccole imprese, che rappresentano attualmente circa il 98,5 per cento del totale.

² L'innovazione di prodotto, infatti, spiega gran parte del successo delle esportazioni italiane. Innovazione che è stata ottenuta attraverso l'incorporazione nei prodotti di maggiore qualità, certificata a livello degli standard internazionali del commercio estero (certificazioni di qualità, marchi, brevetti).

³ Questo variegato assetto del nostro sistema produttivo ha determinato capacità di reazione alla crisi molto differenziate, al punto di prefigurare condizioni di ripresa a macchie di leopardo, con imprese che hanno investito in innovazione e ricerca già in grado di ottenere, sia pure nell'incertezza della situazione internazionale, significativi risultati; imprese che pure avendo seguito sentieri virtuosi hanno difficoltà a dominare il mercato; ed infine una vasta area di imprese che invece, non avendo intrapreso alcuna azione di valenza strategica, percepiscono un futuro di grandi rischi e difficoltà.

oggi ad esclusivo appannaggio delle economie occidentali, come la ricerca e lo sviluppo.

Il “Piccolo è bello”, principio alla base del miracolo economico italiano, già in crisi nel ventennio precedente alla recessione attuale⁴, non è più in grado di competere; le imprese necessitano di massa critica adeguata e rispondono aggregandosi tra di loro.

Prima modalità di tale fenomeno, anche in ordine temporale, è costituita dal distretto industriale che, tuttavia, non sembra più sufficiente, da solo, a garantire alte *performance* al sistema produttivo italiano. In particolare, le necessità più urgenti da soddisfare per gli imprenditori sono la volontà di cooperazione su programmi condivisi, il mantenimento della propria autonomia e lo sviluppo di capacità di innovazione e internazionalizzazione, anche in cooperazione con altri⁵.

Per dare risposta a queste esigenze è stato introdotto il concetto della rete che si è sviluppato ed affinato nel corso degli anni, attraverso politiche di sostegno ed incentivo, fino all'introduzione del contratto di rete nella sua più recente configurazione.

Il *favor* nei confronti del fenomeno reticolare emerge chiaramente anche nel disegno legislativo: basta osservare che il programma Industria 2015⁶ concede ampio spazio al sostegno delle Pmi organizzate in distretti e reti⁷, con particolare attenzione alle situazioni in cui tra le imprese sorgono relazioni più complesse e strutturate, non meramente concorrenziali o di scambio.

Elemento comune, dunque, ai distretti e alle reti è l'interdipendenza tra le imprese⁸, che garantisce autonomia ai partecipanti, pur in presenza di un coordinamento ed un reciproco condizionamento in determinati ambiti della propria attività. Il lavoro in squadra si configura diversamente rispetto ai rapporti di concorrenza, nei quali le attività economiche si pongono competitivamente per guadagnare

⁴ Già nel 2009, il Governatore della Banca d'Italia dichiarava nella Relazione annuale 2009 che “una volta superata la crisi, il nostro Paese si ritroverà non solo con più debito pubblico, ma anche con un capitale privato - fisico e umano - depauperato dal forte calo degli investimenti e dall'aumento della disoccupazione. Se dovessimo limitarci a tornare su un sentiero di bassa crescita come quello degli ultimi 15 anni, muovendo per di più da condizioni nettamente peggiorate, sarebbe arduo riassorbire il debito pubblico e diverrebbe al tempo stesso più cogente la necessità di politiche restrittive per garantirne la sostenibilità. Dobbiamo, da subito, puntare a conseguire una più alta crescita nel medio periodo”.

⁵ L'orientamento a cooperare delle imprese italiane trova ampia conferma nell'evoluzione di questi anni. Pur tuttavia si ritiene che sia importante intervenire per innalzare la cultura di rete nelle imprese; per rafforzare i relativi processi di *governance* e le tecniche gestionali; per istituire momenti di monitoraggio, valutazione e manutenzione, in modo da verificare la qualità dell'evoluzione delle esperienze avviate, anche alla luce dei recenti provvedimenti legislativi in materia.

⁶ Mediante tale programma si prefigura il superamento del distretto industriale, mono-settoriale e strettamente confinato in un territorio storicamente determinato, a favore di una rete d'impresa che dovrebbe preludere alla crescita delle dimensioni d'impresa. Si tratta di un approccio alla politica industriale per l'innovazione di tipo selettivo che opera attraverso la strumentazione dei bandi e del partenariato inter-istituzionale, un approccio essenzialmente indirizzato alle PMI più innovative e dinamiche. Si tenta in tal modo di coniugare una politica industriale selettiva (industria 2015) e una politica d'incentivazione automatica: fiscalità di distretto, rating di distretto, bond di distretto, start-up con altre misure selettive quali complementi a industria 2015, tra cui l'individuazione di altre linee di azione per Industria 2015, il sostegno all'internazionalizzazione delle imprese e la cabina di regia sui mercati esteri.

⁷ Si tratta peraltro di due impostazioni, che pur presentando alcune discontinuità, possono essere considerate complementari, nel senso che tengono conto del complesso dei distretti esistenti, sia quelli innovativi orientati alle reti lunghe che quelli ancora organizzati in senso tradizionale.

⁸ Il termine interdipendenza è stato definito “quell'insieme di relazioni di tipo cooperativo e tendenzialmente stabili tra due o più imprese formalmente e giuridicamente distinte, anche concorrenti, tra le cui attività esista o si generi una qualche interdipendenza ed emerga dunque un'esigenza di coordinamento”. Cfr. F. CAFAGGI, *Le reti di imprese tra regolazione e norme sociali: nuove sfide per diritto ed economia*, Bologna, 2004.

fette di mercato e a quelli di scambio, dove esse entrano in contatto per ottenere un bene o un servizio dietro corrispettivo.

E' necessario, pertanto, porre particolare attenzione alle nuove reti di impresa, che ampliano gli ambiti territoriali e mono-settoriali su cui si articolavano i distretti industriali del passato, cogliendo complementarità tra specializzazioni produttive insediate in contesti territoriali anche molto lontani fra loro; il contratto di rete, in particolare, superando il concetto di distretto, ne rappresenta la naturale evoluzione, poiché può essere stipulato da imprese di dimensioni e settori differenti, localizzate in regioni diverse.

L'analisi degli altri modelli di coordinamento tra imprese previsti dal nostro ordinamento, quali la subfornitura, i consorzi, le *joint-venture*, le ATI e i GEIE consente di delineare con chiarezza il percorso seguito in questi anni dal legislatore, lasciando emergere la necessità di un nuovo modello organizzativo o contrattuale di governo della rete, per meglio gestire l'aggregazionismo tra imprese in un sistema produttivo ormai globalizzato.

Nel nostro ordinamento era fortemente avvertita l'esigenza di una figura giuridica in grado di svolgere adeguatamente la funzione di governo del coordinamento tra imprese. Ciò spiega la politica "interventista" del legislatore che nel 2009 ha introdotto il contratto di rete, per aumentare l'innovatività e la competitività delle imprese⁹. Attualmente la rete offre una modalità ulteriore di aggregazione, con precise peculiarità, potendo essere costituita sia come contratto (rete-contratto) sia come organizzazione (rete-soggetto). La collaborazione in rete può essere di diversa caratterizzazione; il primo modello, senza organo e fondo comune, cd. *rete leggera*, si basa generalmente sullo scambio di informazioni o collaborazione tra gli aderenti. Nel secondo, invece, che vede la creazione di una struttura unitaria, cd. *rete pesante*, il grado di cooperazione arriva fino allo svolgimento in comune della produzione, mediante la condivisione di risorse.

In tale ottica, si ritiene di procedere con l'analisi della normativa, delle sue conseguenze dal punto di vista del diritto della concorrenza, prospettandone l'applicazione in un altro Paese europeo, la Germania che, sebbene non preveda specifiche figure di coordinamento tra imprese, già dispone di una normativa di favore per l'aggregazione tra Pmi; disciplina che, viceversa, manca in Italia, dove il legislatore si è preoccupato di introdurre una serie di contratti di aggregazione - in ultimo quello di rete - senza emanare una regolamentazione quadro che possa identificare l'intero fenomeno di coordinamento tra imprese.

2. L'autonomia negoziale a supporto delle attività d'impresa

⁹ Sul punto v. I. ALVINO, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, Milano, 2014.

La contrattazione tra imprese è un fenomeno in continua evoluzione; in tale ambito, la tendenza più significativa, che emerge dall'analisi della molteplicità ed eterogeneità delle fattispecie concrete, è la marginalizzazione del ruolo assunto dai contratti di scambio rispetto a quelli associativi (tipici ed atipici)¹⁰, basati non sul conflitto tra contrapposti interessi, bensì sulla realizzazione di scopi comuni ed ulteriori, nell'ambito di strutture più ampie quali i gruppi o le reti di imprese “nel segno di attività sempre più complesse imputabili non ad un unico soggetto, bensì ad una pluralità di entità”¹¹.

L'economia contemporanea, in continua evoluzione, impone strumenti flessibili di adeguamento del diritto alle nuove esigenze che la realtà sociale e produttiva sollecita; nel corso dell'ultimo secolo si è infatti assistito al passaggio dei valori economicamente rilevanti dalla proprietà di beni e mezzi produttivi alla capacità di produrre reddito (da lavoro, professionale o d'impresa), nonché al sorgere di nuove forme di ricchezza¹².

Il contesto nel quale questi valori economici hanno acquisito rilevanza è il mercato, e protagonista ne è il contratto, con una pluralità di ruoli; contratto e mercato non sono concepibili isolatamente, né sotto il profilo economico né sul piano giuridico. Il legislatore italiano, sulla falsariga di quello europeo, ha preso atto di questa tendenza e negli ultimi decenni si è occupato dei rapporti interprivati quasi esclusivamente nel prisma del contratto. I principi normativi che regolano la concorrenza incidono sulla disciplina del mercato, ma sono comuni ai contratti perché la loro disciplina è, necessariamente, anche regolamentazione dei mercati e viceversa¹³.

L'attenzione crescente alle dinamiche del mercato concorrenziale ha determinato, così, l'attribuzione all'attività negoziale del ruolo di strumento elettivo di regolazione degli assetti “in ragione della flessibilità ed adattabilità ai più svariati contenuti del congegno contrattuale, della sua neutralità valoriale, in ultima analisi della sua piena aderenza alle logiche individualistiche del mercato contemporaneo”¹⁴.

¹⁰ O a quelli c.d. “parassociativi”: cfr. E. ZANELLI, *Franchising*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1982, 885 ss.

¹¹ Cfr. P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, in *Riv. dir. imp.*, 2006, 334 ss.

¹² Con particolare attenzione al rapporto tra capacità imprenditoriale e aumento marginale del valore dell'impresa ad opera dell'attività imprenditoriale, cfr. già R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e sui nuovi orizzonti del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1956, 181 ss.

¹³ Sottolinea “l'indissolubilità tra le nozioni di contratto e di mercato, tra la disciplina dell'uno e dell'altro”, P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2001, 419, e in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 420, il quale osserva che «la disciplina del contratto, anche quella di origine mercatoria, ispirata prevalentemente alle ragioni dell'impresa, concorre a regolare il mercato». Sul ruolo assoluto dal diritto dei contratti in relazione al mercato, nell'attuale contesto economico, cfr. anche G. OPPO, *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 423; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, spec. 47 ss. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001; ID., *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, 199, individua nella *lex mercatoria*, un «diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati»; per una critica a questa interpretazione, P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 84 ss., e ora in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 237 ss.

¹⁴ G. ZANCHI, *Percorsi del diritto ereditario attuale e prospettive di riforma del divieto dei patti successori*, in *Jus civile*, 2013, 703.

L'autonomia negoziale¹⁵ consente alle imprese di essere al passo con la realtà produttiva, in rapido mutamento, per porre in essere i contratti necessari alla loro esistenza sul mercato, garantendo flessibilità e competitività¹⁶.

3. Le aggregazioni di impresa nella legislazione italiana: il distretto industriale

Il fenomeno delle aggregazioni tra imprese è un tema di grande attualità in dottrina, sebbene esso sia presente nel dibattito giuridico-economico italiano da oltre trent'anni.

Il termine "aggregazione tra imprese" identifica una realtà produttiva costituita da una molteplicità di entità economiche, tipicamente di piccole e medie dimensioni, tra le quali intercorrono particolari rapporti di collaborazione ed interdipendenza, che vanno oltre il mero scambio di una risorsa contro un prezzo e/o le comuni relazioni competitive di mercato.

Dal punto di vista interno, dell'organizzazione, le singole imprese, pur mantenendo ciascuna la propria autonomia e la propria indipendenza giuridica ed economica, perseguono, oltre al singolo interesse individuale, un fine comune in vista del quale strutturano i loro rapporti in modo tale che ciascuna influenzi le altre e viceversa. Verso l'esterno, l'aggregazione può arrivare ad essere percepita, in particolare dai clienti e dai fornitori, quasi come un'entità unitaria che assorbe le singole imprese che la costituiscono.

Nelle scienze economiche, le aggregazioni di imprese sono identificate come modelli di organizzazione aziendale intermedi tra la gerarchia ed il mercato, ovvero "quell'insieme di relazioni di tipo cooperativo e tendenzialmente stabili tra due o più imprese formalmente e giuridicamente distinte, anche concorrenti, tra le cui attività esista o si generi una qualche interdipendenza ed emerga dunque un'esigenza di coordinamento"¹⁷.

¹⁵ Sull'autonomia negoziale la letteratura è vastissima. Cfr. P. RESCIGNO, *Contratto in genere*, in *Enc. Gir. Treccani*, Roma, 1988, IX, 10 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1988, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 72; A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, 1971, 608; ID., *Fonti, diritto internazionale, autonomia privata, classificazione*, Torino, 2000, 336 ss.; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959; S. PUGLIATTI, *Autonomia privata (voce)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 366 ss.; M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, 229 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano, 1980, ID., *Negoziato giuridico e autonomia privata*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi. Atti del congresso dei civilisti italiani tenuto a Venezia, 23-26 giugno 1989*, Padova, 1991, 289 ss.; A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 9 ss.; N. LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2007, 728 ss.; R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino, 517 ss.; ID., *Contratto, autonomia, mercato* in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il Contratto, in Trattato dir. civ.* diretto da R. SACCO, Torino, 2005, 16 ss. C.M. BIANCA, *Diritto Civile, Il contratto*, 3, Milano, 2000, V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, U. SALVESTRONI, *Teorie negoziali, principi generali e principi costituzionali*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, 337 ss.; P. PERLINGIERI, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2000, G.B. FERRI, *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, in G.B. FERRI, *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Padova, 1994, 286 ss.; P. PERLINGIERI, *Autonomia privata e diritti di credito*, in A. BELVEDERE e C. GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, 97 ss.; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970.

¹⁶ In particolare, il rapporto tra autonomia negoziale e contrattazione tra imprese è al centro dell'attenzione della dottrina più attenta, cfr. P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, in *Rivista di Diritto dell'Impresa*, 3, 2006, 323 ss.

¹⁷ P. IAMICELI, *Le reti d'impresa: modelli contrattuali di coordinamento*, in *Reti d'impresa tra regolazione e norme sociali - Nuove sfide per diritto ed economia*, a cura di F. Cafaggi, Bologna, 2004, 128.

Nell'attuale contesto economico i distretti territoriali rappresentano uno dei maggiori punti di forza del sistema produttivo italiano, configurandosi come complessi produttivi locali omogenei, caratterizzati da un'elevata concentrazione di imprese industriali di alta specializzazione produttiva e con una notevole capacità di rispondere velocemente alle esigenze e ai gusti del mercato, con processi di innovazione di tipo continuo ed incrementale.

I distretti, nati per favorire la creazione e lo sviluppo di attività produttive nei settori dell'industria e dei servizi, in zone con determinate caratteristiche economiche e logistiche, negli ultimi decenni si sono sviluppati in modo autopropulsivo e autoreferenziale, concentrando le loro attività in comparti specifici (agro-alimentare, tessile, abbigliamento, meccanica, cuoio), nei quali hanno acquisito professionalità e competitività a livello internazionale.

In genere sono composti da aziende a forte tradizione artigianale, di dimensioni medio-piccole. Le diverse imprese sono tra loro integrate e specializzate in fasi diverse di uno stesso ciclo produttivo (prodotto e parti o fasi del processo di produzione) così da poter sfruttare ogni possibile sinergia (le cd. economie di agglomerazione). Il territorio circoscritto in cui operano rappresenta un'importante infrastruttura di integrazione sociale ed economica, verticale e orizzontale dei cicli produttivi, ma anche il luogo dove sono depositate tradizioni, conoscenze e competenze difficili da trasferire altrove.

4.1 L'introduzione dei distretti industriali nell'ordinamento giuridico italiano

Il legislatore è intervenuto in materia di distretti industriali con l'emanazione della l. n. 317 del 5 ottobre 1991¹⁸, recante “*Interventi per l'innovazione e lo sviluppo delle piccole e medie imprese*”¹⁹, definendoli all'art. 36, comma 1²⁰ come “aree territoriali locali caratterizzate da elevata concentrazione di Pmi, con particolare riferimento al rapporto tra la presenza delle imprese e la popolazione residente nonché alla specializzazione produttiva dell'insieme delle imprese”²¹).

Inoltre, al comma tre, era prevista, per le aree così delimitate, la possibilità di ricevere finanziamenti da parte delle Regioni²², per progetti innovativi concernenti più imprese sulla base di un contratto di programma stipulato tra i distretti e le Regioni, alle quali era affidato il compito di decidere le priorità degli interventi²³.

¹⁸ Legge 5 ottobre 1991, n. 317, recante “*Interventi per l'innovazione e lo sviluppo delle piccole imprese*”, in *G.U.* n. 237 del 9 ottobre 1991, Suppl. Ord. n. 60.

¹⁹ Sebbene il primo riferimento normativo sia del 1991, i distretti erano già presenti, con successo, nella realtà economica.

²⁰ L'art. 36 della l. 371 del 1991 ha subito diversi interventi di modifica nel corso degli anni, ultimo dei quali a seguito del d.lgs. 228 del 2001.

²¹ Sui distretti industriali v. F. CAFAGGI, in *Reti d'impresa tra regolazione e norme sociali - Nuove sfide per diritto ed economia*, a cura di F. CAFAGGI, cit., 44 ss.

²² Ogni Regione è intervenuta con provvedimenti anche molto diversi tra loro. Alcune hanno provveduto a disciplinare la materia con leggi regionali, altre hanno utilizzato atti regolamentari di natura amministrativa, altre ancora non hanno emanato nessun provvedimento.

²³ La Prima Regione a regolamentare i distretti è stata la Lombardia, che è stata la più tempestiva nel fare propria la possibilità offerta dalla legislazione nazionale arrivando al riconoscimento di 21 distretti industriali. La legge regionale n. 7 del 22/2/93, all'art. 3 disciplina le procedure per la delimitazione geografica dei distretti industriali, definiti come aree

territoriali locali caratterizzate da un'elevata concentrazione di piccole imprese. Il provvedimento stabilisce anche la predisposizione di programmi di sviluppo nei singoli distretti e, nell'ambito di tali programmi, la realizzazione di progetti innovativi relativi a più imprese. Successivamente, la legge regionale n. 1 del 5/1/2000 "*Riordino del sistema delle Autonomie in Lombardia*" prevede che fra le funzioni assegnate alle Regioni, attraverso la consultazione con le Province, le Camere di Commercio, le associazioni imprenditoriali e le organizzazioni sindacali, siano determinate le modalità e i parametri per l'individuazione dei Distretti industriali, nonché le modalità attuative per la presentazione, l'approvazione e la realizzazione dei relativi programmi di sviluppo. Ad oggi, invece, la legge vigente è la n. 1 del 2007. In particolare, l'art. 4 afferma che la Regione "riconosce, promuove e favorisce la libera aggregazione delle imprese in distretti, finalizzata alla crescita collaborativa attraverso lo sviluppo di interazioni rivolte alla condivisione di risorse e conoscenze, all'innovazione, all'internazionalizzazione, all'organizzazione e alla logistica". In aggiunta, l'articolo 4 stabilisce che per distretti industriali si intendono le aggregazioni di imprese secondo legami di affinità che possono avere carattere tematico-settoriale, territoriale o congiunto, ovvero altro specifico legame di correlazione. Sempre secondo tale provvedimento normativo, ai distretti possono aderire liberamente le imprese industriali, artigianali, cooperative, della distribuzione, dei servizi, edili, turistiche, agricole e agroalimentari.

La seconda regione ad emanare un provvedimento specifico è stata il Piemonte, che nel maggio 1997, ha approvato la legge regionale n. 24 recante "*Interventi per lo sviluppo dei sistemi di imprese nei distretti industriali del Piemonte*". Tale provvedimento ha l'obiettivo di identificare il distretto industriale come sede di promozione e di coordinamento locale delle iniziative di politica industriale, impegnandosi a finanziare progetti innovativi di politica industriale presentati da consorzi pubblici, pubblico-privati e/o da insiemi di imprese ubicati nell'area di riferimento del Distretto. La legge regionale favorisce azioni sinergiche tra forze istituzionali ed economiche e coinvolge: i Comitati di Distretto, la Regione Piemonte ed i soggetti beneficiari delle risorse messe a disposizione che non sono le singole imprese, ma il sistema distrettuale nel suo complesso. Successivamente il fenomeno è stato oggetto anche della Legge regionale n. 34 del 22 novembre 2004, recante "*Interventi per lo sviluppo delle attività produttive*". Attualmente in Regione sono operativi 25 distretti distribuiti in maniera omogenea in ogni provincia.

Terza Regione a disciplinare il fenomeno è stata il Friuli-Venezia Giulia che ha regolamentato e individuato i distretti industriali con la legge regionale 27/1999, così come modificata dalla legge regionale 4/2005. La legge del 1999 individua i distretti quali ambiti di sviluppo economico-occupazionale e sedi di promozione e di coordinamento delle iniziative locali di politica industriale. La legge intercorsa nel 2005 allarga la definizione di distretto a sistema locale formato da imprese variamente specializzate, manifatturiere di servizi, artigiane e industriali o che comunque partecipano alla medesima filiera produttiva o a filiere collegate nonché dagli attori istituzionali che svolgono un'attività rilevante all'interno del contesto locale. Successivamente, la legge regionale n. 18 del 29 dicembre 2011 ha affermato che l'amministrazione regionale è autorizzata a concedere alle Agenzie per lo Sviluppo dei Distretti Industriali (ASDI) i finanziamenti relativi agli interventi prioritari proposti dalle ASDI medesime e contenuti nei Programmi di sviluppo adottati ai sensi dell'articolo 6, comma 2, lettera d), in conformità a quanto disposto dall'articolo 7, secondo modalità da stabilirsi con regolamento di attuazione e in armonia con la normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato. Sono ammessi gli interventi proposti come prioritari dalle ASDI rispondenti alle seguenti finalità: a) aumento della capacità di innovazione delle imprese, in tutte le attività della catena del valore, anche attraverso la diffusione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione; b) aggregazione di imprese finalizzata al rafforzamento competitivo e la cooperazione tra imprese in interventi che perseguano il medesimo obiettivo; c) creazione e sviluppo di strutture e risorse, come i centri di servizi alle imprese, in grado di sostenere l'evoluzione competitiva delle imprese insediate nel distretto e di generare benefici collettivi;

d) miglioramento delle condizioni ambientali del distretto; e) internazionalizzazione delle imprese e penetrazione in nuovi mercati. f) promozione dell'immagine del distretto intesa come risorsa fondamentale per rafforzare all'interno l'identità della comunità distrettuale ed all'esterno il confronto e lo scambio culturale, commerciale e produttivo; g) ricerca industriale; h) sviluppo sperimentale. Infine, gli interventi prioritari proposti devono prevedere una quota di cofinanziamento da parte di soggetti pubblici o privati non inferiore al 20 per cento dell'importo complessivo dell'intervento, ad eccezione degli interventi di cui alle lettere g) ed h).

La Campania ha provveduto all'individuazione dei distretti industriali con delibera della Giunta Regionale n. 5059 del 2.6.1997, resa esecutiva dal Consiglio Regionale nella seduta del 30.12.1999 con deliberazione 25/1. Contestualmente erano approvati gli indirizzi, criteri e priorità per l'elaborazione da parte di un organismo appositamente costituito, il "Comitato Distrettuale", del "programma di sviluppo de distretto" di durata triennale da finanziare con un apposito stanziamento del bilancio regionale. Il POR Campania 2000-2006, individuando quali ambiti di realizzazione della Progettazione integrata i 7 Distretti industriali, ha impegnato i Comitati Distrettuali nelle attività di programmazione ed implementazione dei PPIT riservate ai tavoli di concertazione. Nel frattempo è intervenuta l'emanazione della L. R. n. 15 del 2005, che all'art. 6 stabilisce "la Giunta regionale, su istanza degli enti locali interessati e sentiti i Comitati di Distretto, previo parere della commissione consiliare competente, determina con propria delibera eventuali ampliamenti delle aree oggetto di distretti industriali individuati ai sensi della deliberazione del Consiglio regionale n. 25/1 del 15 novembre 1999". Ai sensi della legge vigente, i distretti sono definiti una "concentrazione territoriale di piccole imprese, con accentuata specializzazione nei settori manifatturieri, le quali, in virtù delle relazioni tra di esse e del ruolo svolto dall'ambiente esterno nella trasmissione di know-how specifico e dei valori del lavoro industriale, riescono a produrre in modo efficiente e a competere sui mercati con imprese di maggiore dimensione".

In Toscana sono 12 i distretti individuati dalla delibera regionale numero 69/2000. Secondo tale delibera, I distretti industriali sono "sistemi produttivi mono-settoriali caratterizzati da un'elevata concentrazione di piccole e medie imprese

industriali manifatturiere con forti relazioni di filiera produttiva, sociali e istituzionali, presenti in ambiti anche interprovinciali”.

Il Lazio ha regolamentato tale fenomeno con la legge n. 36/01, con la quale la Regione disciplina le modalità di individuazione dei sistemi produttivi locali, dei distretti industriali e delle aree di investimento, nonché le modalità di finanziamento dei relativi progetti innovativi e di sviluppo. L’obiettivo della legge è incrementare lo sviluppo economico, la coesione sociale, l’occupazione e in particolare rafforzare la competitività del sistema produttivo regionale. La Regione individua le aree laziali di investimento quali aree territoriali che presentano caratteristiche economiche e occupazionali tali da far prefigurare il riconoscimento in prospettiva di un sistema produttivo locale o distretto industriale; con deliberazione del Consiglio regionale, su proposta della Giunta, sono individuati i sistemi produttivi, i distretti industriali e le aree laziali di intervento. L’individuazione avviene sulla base dei criteri indicati nella legge; all’Agenzia regionale per gli investimenti e lo sviluppo del Lazio sono affidate le funzioni amministrative relative all’organizzazione e al coordinamento dei distretti industriali, dei sistemi produttivi locali e delle aree laziali di investimento. L’agenzia 1) redige lo schema del programma di sviluppo dei sistemi produttivi; 2) promuove l’utilizzo delle risorse che la Regione e gli enti locali assegnano allo sviluppo dei sistemi produttivi locali, dei distretti industriali e delle aree laziali di investimento; 3) esprime proposte e formula pareri alla Giunta; 4) promuove la migliore utilizzazione degli strumenti di politica industriale, provvede ad assicurare la più ampia partecipazione delle realtà sociali ed economiche operanti nel territorio alla definizione dei programmi di sviluppo; 5) promuove l’immagine del territorio nelle sue valenze economiche, architettoniche, naturalistiche e culturali; la Regione finanzia progetti innovativi e di sviluppo dei sistemi produttivi locali e dei distretti industriali.

La Basilicata ha istituito i distretti industriali con la legge regionale n. 10 del 23 gennaio 2001. Secondo l’art. 3 di tale provvedimento normativo, i sistemi produttivi locali e i distretti industriali costituiscono i referenti territoriali delle politiche regionali a sostegno dell’impresa e dei sistemi d’impresa. Essi contribuiscono alla definizione degli obiettivi di programmazione della Regione Basilicata, delle Province e degli Enti locali interessati, con particolare riferimento a quelli finalizzati a: a) incentivare l’innovazione tecnologica e in modo particolare la diffusione delle nuove applicazioni informatiche e telematiche; b) promuovere il risparmio energetico; c) promuovere il potenziamento strutturale delle imprese anche attraverso interventi in favore delle associazioni, dei consorzi e delle agenzie economiche operanti nel territorio; d) promuovere lo sviluppo dell’organizzazione dei mercati locali del lavoro e della sub-fornitura; e) adeguare la dotazione infrastrutturale alle specifiche esigenze delle attività economiche locali; f) promuovere l’immagine del territorio nelle sue valenze economiche, architettoniche, naturalistiche e culturali; g) sostenere i livelli occupazionali e la formazione delle risorse umane locali; h) tutelare gli equilibri ambientali dei singoli sistemi territoriali; i) sostenere le imprese nelle loro iniziative di internazionalizzazione e di penetrazione in nuovi mercati. I sistemi produttivi locali ed i distretti industriali predispongono un programma di sviluppo consistente in un documento di orientamento ed indirizzo nel quale sono evidenziati gli obiettivi e le strategie di politica industriale locale che si ritiene di perseguire.

La Liguria ha regolamentato la materia con la legge regionale 33/2002, novellata dalla legge regionale 17/2006. Secondo tale legislazione regionale, i distretti industriali favoriscono la migliore definizione e applicazione degli strumenti di politica industriale, promuovono la realizzazione di infrastrutture, l’applicazione di metodologie di intervento, la realizzazione di servizi comuni di interesse per le imprese, la formazione di rapporti con operatori finanziari e l’accesso delle imprese a finanziamenti pubblici, la cooperazione e la sinergia tra distretti per l’attivazione di progetti integrati. Sono previste delle agevolazioni per la realizzazione di progetti di investimento. Nell’ambito di ciascun distretto industriale è istituito con decreto del presidente della Giunta regionale il Comitato di distretto. È composto da rappresentanti dei comuni compresi nell’ambito territoriale del distretto, della camera di commercio, delle organizzazioni sindacali, dell’Autorità portuale e della Provincia territorialmente competente. I comitati possono proporre alla Giunta regionale l’aggregazione dei distretti industriali finalizzata al perseguimento di obiettivi comuni, al miglioramento della capacità di innovazione e della competitività, allo sviluppo di competenze integrate. Inoltre, favoriscono la miglior utilizzazione degli strumenti di politica industriale, esprimono proposte e pareri alla giunta in materia di politica industriale, promuovono la realizzazione di progetti comuni tra le imprese e i distretti, individuano la necessità di progetti infrastrutturali e se ne fanno promotori presso gli enti competenti.

Il Veneto è la Regione che ha recentemente modificato la sua normativa approvando il 30 maggio 2014 la l. 13, recante “*Disciplina dei distretti industriali, delle reti innovative regionali e delle aggregazioni di imprese*”. All’art. 2 si afferma che “Per distretto industriale si intende un sistema produttivo locale, all’interno di una parte definita del territorio regionale, caratterizzato da un’elevata concentrazione di imprese manifatturiere artigianali e industriali, con prevalenza di piccole e medie imprese, operanti su specifiche filiere produttive o in filiere a queste correlate rilevanti per l’economia regionale. Per rete innovativa regionale si intende un sistema di imprese e soggetti pubblici e privati, presenti in ambito regionale ma non necessariamente territorialmente contigui, che operano anche in settori diversi e sono in grado di sviluppare un insieme coerente di iniziative e progetti rilevanti per l’economia regionale. Per aggregazione di imprese si intende un insieme di imprese che, in numero non inferiore a tre, si riuniscono, al fine di sviluppare un progetto strategico comune. Molto interessante è l’art. 5 che recita “Le aggregazioni di imprese di cui all’articolo 2, comma 3, assumono una delle seguenti forme: a) imprese aderenti ad uno specifico contratto di rete, come definito dalla legislazione vigente, o forme equivalenti di aggregazione, che mantengono l’autonomia giuridica e gestionale delle imprese partecipanti; b) imprese riunite in consorzio con attività esterna, società consortile o società cooperativa, ovvero riunite nella comune sociale di società di capitali a controllo congiunto; c) associazioni di imprese, anche temporanee e appositamente costituite per la realizzazione di un progetto comune. Prima di

Mediante il decreto di attuazione della normativa in esame²⁴, il legislatore statale ha demandato fin dall'inizio alle Regioni il compito di individuare e delimitare le aree distrettuali, previo parere delle Unioni delle Camere di Commercio e nel rispetto di determinati parametri²⁵. La *ratio* era quella di effettuare una selezione, mediante l'indicazione di precisi criteri quantitativi e oggettivi, scevri da qualsiasi possibilità di interpretazioni differenti tra le diverse regioni, delle aree da classificare come distretti industriali.

tale innovazione normativa, la materia era disciplinata dalla legge regionale 8/2003 e dalle sue successive modifiche intercorse con la l. 5/2006 e la l. 21/2007.

La Regione Molise è intervenuta nella materia con la legge regionale 8/2004 agli articoli 16 e ss. Tale legge definisce i sistemi produttivi locali e i distretti industriali così come sono stati definiti nella legge 140/1999. L'individuazione è rimessa a una deliberazione del Consiglio regionale, adottata su proposta della Giunta regionale. La legge inoltre individua i criteri sulla base dei quali deve avvenire l'individuazione. In ogni distretto produttivo e industriale è istituito un Comitato di distretto, nel quale sono rappresentati soggetti pubblici e privati, associazioni e sindacati attivi sul territorio o comunque interessati allo sviluppo economico e sociale del territorio. Il Comitato redige il programma di sviluppo, che contiene gli obiettivi generali di sviluppo e gli assi di interventi prioritari, le azioni da svolgere corredate dalla indicazione dei soggetti attivatori, dai piani finanziari e temporali di spesa relativi a ciascuna di esse; l'entità e il tipo di risorse pubbliche e private necessarie per la realizzazione di interventi e azioni, nonché la possibilità di accesso alle risorse private.

La Regione Siciliana ha individuato, in sede di programmazione per l'attuazione della politica di coesione in Sicilia, il distretto produttivo quale nuovo strumento di *governance* territoriale/settoriale. Tale scelta si rifà non solo alla legge 140/1999 ma anche alla legge (finanziaria) 266/2005 (artt. 367-372), poiché in essa viene introdotta la figura giuridica di "distretto produttivo" che diventa un soggetto dotato di autonoma personalità giuridica. La legge n. 17 del dicembre 2004 ha istituito i distretti produttivi. Successivamente, il 1 dicembre 2005, è stato emanato il decreto assessoriale (DA) n. 152 che stabilisce i criteri di individuazione e le procedure di riconoscimento dei distretti produttivi, nonché le modalità di attuazione degli interventi previsti dal Patto di sviluppo distrettuale. In particolare, il DA 152/2005 all'art. 2 definisce il distretto produttivo come cluster di imprese. L'art. 5 del DA 152/2005 dispone che il Patto di sviluppo distrettuale, sottoscritto dalle imprese che intendono formare un distretto, è un documento programmatico di durata triennale. Se entro tale periodo il distretto riesce a raggiungere i suoi obiettivi, anche in termini di ottenimento dei finanziamenti da parte della Regione, il distretto può a continuare ad esistere rinnovando il Patto. La normativa regionale ha inteso privilegiare una visione del distretto riconducibile al meta-distretto, ossia una struttura che nasce dall'evoluzione delle aggregazioni distrettuali nell'accezione marshalliana. In questa visione la definizione di distretto che si utilizza è quella di cluster di imprese alla Porter, ovvero di una filiera produttiva verticale o orizzontale anche con dislocazioni in aree transnazionali, dove l'accento viene posto sull'impresa leader. Con i meta-distretti l'obiettivo della Regione diventa quello di definire aree di eccellenza produttiva in grado di rappresentare poli di sviluppo con un elevato potenziale tecnologico ove operare politiche di incentivazione della cooperazione tecnologica tra imprese e tra queste ed i centri di ricerca tecnico-scientifica, con lo scopo di rafforzare la capacità competitiva sui mercati locali e internazionali.

La Regione Puglia ha emanato in data 3 agosto 2007 la legge n. 231, recante "*Promozione e riconoscimento dei distretti produttivi*". La legge all'art. 2, co. 2 definisce i distretti come "espressione della capacità del sistema di imprese e delle istituzioni locali di sviluppare una progettualità strategica comune che si esprime in un programma per lo sviluppo del distretto, in conformità agli strumenti legislativi e programmatori regionali vigenti".

²⁴ Decreto del Ministro dell'Industria del 21 aprile 1993 recante "*Determinazione degli indirizzi e dei parametri di riferimento per l'individuazione, da parte delle regioni, dei Distretti Industriali*", in G.U. n. 118 Suppl. Ord. del 22/05/1993.

²⁵ Il decreto del ministero dell'Industria elencava cinque condizioni necessarie al fine di riconoscere come distretto industriale una o più aree territoriali contigue. Tali territori devono presentare un indice di industrializzazione manifatturiera, rappresentato dalla quota di addetti dell'industria sul totale delle attività economiche del territorio maggiore di almeno il 30% rispetto all'analogo indice nazionale, ovvero quello regionale nel caso in cui quest'ultimo sia inferiore al nazionale; una densità imprenditoriale, costituita dal rapporto tra le unità manifatturiere e la popolazione residente superiore all'analogo indice nazionale; una specializzazione produttiva, costituita dal rapporto tra il numero di addetti occupati in una determinata attività manifatturiera e il totale degli addetti dell'industria manifatturiera dell'area maggiore della corrispondente media nazionale di almeno il 30%; un livello occupazionale locale nell'attività manifatturiera di specializzazione superiore al 30% degli occupati manifatturieri dell'area; una quota di occupazione nelle piccole imprese operanti nell'attività manifatturiera di specializzazione che sia superiore al 50% degli occupati in tutte le imprese operanti nell'attività di specializzazione dell'area.

Questi ultimi rappresentano, sostanzialmente, un concetto geografico, ossia una circoscrizione territoriale caratterizzata da una concentrazione di imprese manifatturiere specializzate in uno specifico settore con un importante peso occupazionale nel territorio in cui sono stanziate²⁶.

Le difficoltà riscontrate in concreto dalle regioni nell'applicazione della normativa ed in particolare nell'individuazione dei distretti hanno tuttavia mostrato ben presto l'inadeguatezza della disciplina statale, rendendo necessario un intervento modificativo dell'impianto normativo²⁷.

4.2 L'evoluzione del distretto: da area geografica a sistema produttivo

Nel corso degli anni la definizione e l'individuazione dei distretti operati dal legislatore ha subito notevoli cambiamenti. Dapprima, la l. n. 140 dell'11 maggio 1999, recante “*Norme in materia di attività produttiva*”²⁸, all'art. 6, co. 8, ha novellato la l. n. 317/1991 modificando la nozione di distretto industriale, che da area geografica diventa “sistema produttivo”, ossia un raggruppamento di imprese caratterizzato da «una peculiare organizzazione interna».

La novella si concentra sugli aspetti della legislazione originaria che avevano generato incomprensioni. Piuttosto che focalizzarsi sull'aspetto geografico, cioè il territorio, la legge pone l'attenzione sulle relazioni che intercorrono tra le imprese. Il provvedimento pertanto amplia il campo di applicazione delle politiche di finanziamento e di proroga degli incentivi a tutti i sistemi produttivi locali, fornendo una definizione di distretto industriale (sottogruppo del sistema produttivo locale) senza richiedere il rispetto di vincoli quantitativi, demandandone l'identificazione alle Regioni²⁹.

²⁶ Tra le prime definizioni di distretti industriali rientra quella di Alfred Marshall che nella seconda metà del XIX secolo, con riferimento alle zone tessili del *Lancashire* e *Sheffield*, le descrive come “entità socio-economica costituita da un insieme di imprese, facenti generalmente parte di uno stesso settore produttivo, localizzato in un'area circoscritta, tra la quali vi è sì collaborazione, ma anche concorrenza”, cfr. P. ROSSI, *Prime considerazioni sulle disposizioni fiscali, amministrative e finanziarie riservate ai distretti produttivi*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2006, 4, 319 ss.

²⁷ Alcune Regioni hanno emanato normative incomplete, disciplinando solo alcuni aspetti; ad esempio, sono state introdotte agevolazioni fiscali per i distretti senza che essi abbiano avuto definizione dalla legislazione regionale.

In particolare la Sardegna manca di una disciplina specifica sui distretti industriali; gli unici riferimenti normativi sono il decreto dell'Assessore all'Industria n. 377 del 7.8.1997 che ha individuato 4 distretti industriali in base ai parametri del D.M. 21.04.1993, ed un intervento precedente, la Legge Regionale n. 37/1998, con la quale venivano disciplinati i contributi per i programmi di miglioramento nei distretti industriali.

La Regione Abruzzo, sebbene abbia individuato i suoi sei distretti industriali presenti sul territorio, non ha adottato una legge organica in materia di distretti industriali.

Infine, i distretti industriali nelle Marche sono stati identificati ai sensi della legge regionale n. 20/2003 recante “*Testo unico delle (norme in materia industriale artigiana e dei servizi)*”. Tale riferimento normativo, tuttavia non è completo e ad oggi le Marche non hanno ancora una disciplina unitaria sul fenomeno distrettuale. L'art. 18 della legge regionale 20/2003, prevede solamente che la Regione promuova la competitività dei sistemi produttivi locali. La legge regionale 16/2007 integra tale articolo affermando che la giunta regionale “dovrà predisporre ima proposta di atto amministrativo da sottoporre all'approvazione del Consiglio regionale per l'individuazione dei distretti industriali e produttivi e delle aree territoriali a valenza distrettuale”.

²⁸ Legge 11 maggio 1999, n. 140, recante “*Norme in materia di attività produttive*”, in *G.U.* n. 117 del 21 maggio 1999.

²⁹ Tra le numerose discipline regionali in materia di distretti industriali e produttivi è possibile rilevare alcuni elementi in comune. A oggi quasi tutte le leggi regionali organiche in materia trovano il loro presupposto nell'articolo 36 della legge 317/1991, così come modificato dalla legge 140/1999.

I distretti produttivi e i distretti industriali sono individuati con provvedimenti della Giunta regionale, solitamente sulla base di un programma di sviluppo triennale. I distretti industriali esistenti non possono essere in nessun caso considerati come centri autonomi di imputazione di situazioni giuridiche. In quasi tutte le legislazioni è prevista l'istituzione di un organo

Secondo l'articolo 6, comma 1 della legge 140/1999, si definiscono sistemi produttivi locali quelli caratterizzati da una elevata concentrazione di imprese, prevalentemente di piccole e medie dimensioni, e da una peculiare organizzazione interna. Al comma 2, invece, si definiscono distretti industriali i sistemi produttivi locali (di cui al comma precedente), caratterizzati da un'elevata concentrazione di imprese industriali nonché dalla specializzazione produttiva di sistemi di imprese. Si differenziano, quindi, dai sistemi produttivi locali, di cui sono un sottogruppo, perché costituiti da imprese "industriali" con la stessa specializzazione produttiva. La normativa ha suscitato vivo apprezzamento da parte delle Regioni che si sono adoperate celermente per dare attuazione all'intervento nazionale, finanziando (per un massimo del 40% del valore degli investimenti) progetti innovativi e di sviluppo dei sistemi produttivi locali nei distretti produttivi presenti sul proprio territorio, predisposti da soggetti pubblici o privati³⁰.

4.3 La finanziaria 2006 e la disciplina attuale del distretto

Il legislatore è tornato sul tema dei distretti con la legge n. 266 del 23 dicembre 2005³¹, c.d. "Finanziaria 2006" (commi da 366 a 372, dichiarati in parte illegittimi dalla Corte Costituzionale³² e

rappresentativo degli enti territoriali, delle imprese, delle associazioni, dei sindacati e delle camere di commercio, che generalmente prende il nome di Comitato di distretto. Questo rappresenta il distretto industriale, ma svolge compiti molto diversi da quelli che sono stati previsti con le nuove disposizioni contenute nella legge finanziaria per il 2006. I Comitati svolgono principalmente una funzione di promozione delle attività del distretto, redigono i patti di sviluppo e curano il loro monitoraggio, promuovono l'utilizzo degli strumenti e delle risorse delle politiche industriali.

³⁰ In seguito all'emanazione della l. n. 140 del 1999, le Regioni che non avevano ancora introdotto la disciplina sui distretti hanno reagito immediatamente; la Lombardia e il Piemonte che erano già intervenute, sono state pronte ad uniformarsi alle nuove indicazioni.

³¹ Successivamente all'introduzione dei commi 366-372 le Regioni Friuli-Venezia Giulia, Toscana ed Emilia-Romagna hanno adito alla Corte Costituzionale per promuovere la questione di legittimità costituzionale dei commi 366, 368 e 369, poiché si vedevano lese a causa dell'ingerenza dello Stato in una materia di legislazione concorrente. Il conflitto ha dato luogo alla sentenza n. 165/2007, con la quale la Corte, senza smontare l'impianto normativo ha eccepito solamente il mancato coordinamento tra il potere nazionale e quello delle autonomie, dichiarando illegittima la parte in cui non si prevede l'intesa da raggiungere mediante conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano. Nella sentenza, i giudici hanno affermato che "la finalità avuta di mira dal legislatore statale ha dunque comportato che la disciplina recata dalle norme impugnate attiene a più materie, alcune senz'altro riservate alla competenza esclusiva dello Stato (la materia fiscale, nonché quella dell'ordinamento civile, in quanto si è regolata una peculiare figura associativa, intervenendo sulla disciplina delle modalità di contrarre e della rappresentanza). Tuttavia, proprio in quanto le disposizioni sono dirette a realizzare una complessa manovra concernente lo sviluppo dell'economia e del sistema produttivo italiano, esse incidono anche su materie attribuite alla competenza legislativa delle Regioni, sia concorrente (quale la ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi), sia residuale (quali il commercio, l'industria, l'artigianato) (...). La finalità dell'intervento e l'individuazione dell'oggetto delle norme permettono di ritenere che ci si trovi di fronte a scelte di rilevanza nazionale, in relazione alle quali, come questa Corte ha affermato, il legislatore costituzionale del 2001 ha inteso unificare in capo allo Stato strumenti che attengono allo sviluppo dell'intero Paese, anche al di là della specifica utilizzabilità di quelli elencati nel secondo comma dell'articolo 117 della Costituzione. In riferimento alle materie interessate dalle disposizioni impugnate, spettanti alla competenza regionale - sia concorrente, sia residuale -, le considerazioni sopra svolte dimostrano che sussistono quelle esigenze di carattere unitario che legittimano l'avocazione in sussidiarietà, (...) La chiamata in sussidiarietà, benché giustificata, richiede tuttavia che l'intervento legislativo preveda forme di leale collaborazione con le Regioni. (...) La disciplina interferisce con materia attribuite alla competenza legislativa sia concorrente, sia residuale delle Regioni, senza che sia stata prevista alcuna forma di collaborazione con queste ultime. (...) Per porre rimedio al vizio delle norme, occorre recuperare il ruolo delle Regioni in termini di coinvolgimento delle medesime. L'incidenza della disciplina stabilita dalle norme impugnate anche in materie riconducibili alla competenza legislativa residuale di queste ultime rende indispensabile, per la loro riconduzione nell'ambito della chiamata in sussidiarietà da parte dello Stato, l'applicazione del modulo della concertazione necessaria e paritaria fra gli organi statali e Conferenza Stato-

modificati dall'art. 6-*bis* del dl 112 del 2008, convertito in l. n. 133 del 2008³³); scopo di tale impianto normativo consiste nel fornire ai distretti profili inerenti agli aspetti fiscali, amministrativi e finanziari. Il provvedimento amplia il campo di applicazione dei distretti che da industriali diventano produttivi; in tal modo e come risulta espressamente dal dettato normativo contenuto nell'art. 1, comma 367, possono parteciparvi anche imprese di servizi, turistiche, agricole e della pesca, oltre a quelle manifatturiere.

Tale nuova disciplina si applica, così come previsto dal comma 369, anche ai distretti rurali e agroalimentari, di cui all'articolo 13 del decreto legislativo n. 228 del 18 maggio 2001; sistemi produttivi; sistemi produttivi locali, distretti industriali e consorzi di sviluppo industriale definiti ai sensi dell'articolo 36 della legge n. 317 del 5 ottobre 1991; consorzi per il commercio estero di cui alla legge n. 83 del 21 dicembre 1989. L'articolo 1, comma 366 della legge 266/2005 identifica i distretti produttivi come "libere aggregazioni di imprese articolate sul piano territoriale e sul piano funzionale, con l'obiettivo di accrescere lo sviluppo delle aree e dei settori di riferimento, di migliorare l'efficienza nell'organizzazione e nella produzione, secondo principi di sussidiarietà verticale ed orizzontale, anche individuando modalità di collaborazione con le associazioni imprenditoriali". Il provvedimento normativo pone maggiore rilievo sui particolari rapporti interni tra le imprese che costituiscono il distretto, tanto che per alcuni aspetti il distretto sembra configurarsi quasi come un'entità unitaria. Infatti, tale articolato legislativo contiene una serie di misure a favore dei distretti, in materia amministrativa, fiscale e finanziaria, che paiono quasi postulare una soggettività unitaria del distretto. Ad esempio, è previsto che le imprese intrattengano i rapporti con la Pubblica

Regioni dei poteri di tipo normativo o programmatico riservati dalle disposizioni impugnate esclusivamente a organi statali".

³² Corte Costituzionale, sentenza 11 maggio 2007, n. 165, in <http://www.giurcost.org/decisioni/2007/0165s-07.html>.

³³ L'articolo 6-*bis*, comma 3 del dl. 112 del 2008 recante "*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria*", in G.U. n. 147 del 25 giugno 2008 - Suppl. Ord. n. 152 e convertito in l. n. 133 del 2008 in G.U. n. 195 del 21 agosto 2008 – Suppl. Ord. n.196, afferma che "all'articolo 1 della legge 23 dicembre 2005, n. 266, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al comma 366, primo periodo, dopo le parole: "Ministro per l'innovazione e le tecnologie," sono inserite le seguenti: "previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, e sentite le regioni interessate,;" b) al comma 368, lettera a) i numeri da 1) a 15) sono sostituiti dai seguenti: "1) al fine della razionalizzazione e della riduzione degli oneri legati alle risorse umane e finanziarie conseguenti all'effettuazione degli adempimenti in materia di imposta sul valore aggiunto, con regolamento da emanare ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, e sentite le regioni interessate, sono disciplinate, per le imprese appartenenti ai distretti di cui al comma 366, apposite semplificazioni contabili e procedurali, nel rispetto della disciplina comunitaria, e in particolare della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, e successive modificazioni; 2) rimane ferma la facoltà per le regioni e gli enti locali, secondo i propri ordinamenti, di stabilire procedure amministrative semplificate per l'applicazione di tributi propri.;" c) al comma 368, lettera b) numero 1), ultimo periodo, dopo le parole: "Ministro per la funzione pubblica," sono inserite le seguenti: "previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, e sentite le regioni interessate,;" d) al comma 368, lettera b) numero 2), ultimo periodo, dopo le parole: "Ministro dell'economia e delle finanze" sono inserite le seguenti: "previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, e sentite le regioni interessate,.". Inoltre tale novella legislativa abroga il comma 370 che concerneva il supporto dei consorzi di sviluppo industriale. L'art. 6-*bis* è stato poi successivamente modificato ed infine abrogato dall'art. 1, comma 2 della l. n. 99 del 2009.

Amministrazione per il tramite del distretto; la c.d. «tassazione unitaria di distretto» e la c.d. «cartolarizzazione» delle obbligazioni distrettuali.

Da una prima lettura del testo emerge quindi la volontà di abbandonare le esperienze normative precedenti, rendendo l'adesione al distretto da parte delle imprese più semplice, sia per l'accesso al regime di distretto, sia per la partecipazione a programmi e a progetti di sviluppo. Il comma 368 introduce le disposizioni tributarie, amministrative, finanziarie e di promozione della ricerca e dello sviluppo applicabili ai distretti produttivi. Con esse viene prevista, in sintesi, la possibilità, per le imprese appartenenti a distretti produttivi, di dare vita a un ambito comune per la fiscalità³⁴, gli adempimenti amministrativi la finanza e la R&S.

Il secondo aspetto che il legislatore introduce è quello amministrativo; infatti, il comma 368, lett. b contiene le disposizioni amministrative applicabili ai distretti produttivi. L'introduzione di tali profili è legata all'intento di semplificazione degli adempimenti burocratici posti a carico delle imprese che aderiscono ai distretti. Secondo tale disposto normativo, il distretto esegue in nome e per conto delle singole imprese partecipanti gli adempimenti burocratici connessi con lo svolgimento dell'attività, senza che vi siano verifiche successive da parte della PA alle imprese aderenti. Inoltre, il testo legislativo riconosce ai distretti la facoltà di stipulare negozi di diritto privato per conto delle imprese a essi aderenti sulla base delle norme civilistiche che disciplinano il mandato di cui agli artt. 1703 e ss. del c.c. Sempre nell'ottica di semplificazione e per facilitare l'accesso ai contributi erogati in favore dei distretti, essi possono presentare le relative istanze ed avviare i relativi procedimenti amministrativi, anche mediante un unico procedimento collettivo.

L'art. 1, comma 368, lett. c concentra la sua azione sui profili finanziari dei distretti. Scopo dell'articolato normativo è quello di agevolare l'accesso al credito, favorire la capitalizzazione delle imprese appartenenti al distretto e promuovere la costituzione, con apporti di soggetti pubblici e privati, di fondi di investimento in capitale di rischio. Per raggiungere tali obiettivi si prevedono "forme e condizioni semplificate applicabili alle operazioni di cartolarizzazione aventi a oggetto crediti concessi da una pluralità di banche o intermediari finanziari alle imprese facenti parte del distretto e ceduti a un'unica società". Infine, l'ultimo aspetto - quello della ricerca e dello sviluppo - è inserito nella lett. d, con la quale si vuole accrescere la capacità competitiva delle Pmi e dei distretti industriali mediante "l'integrazione fra il sistema della ricerca ed il sistema produttivo attraverso l'individuazione,

³⁴ I profili fiscali sono contenuti nell'art. 1, comma 368, lett. a della legge 266 del 2005. Il legislatore fornisce, in maniera opzionale, due possibili modelli che le singole imprese possono decidere di seguire o meno. Il primo è quello del consolidamento fiscale, mentre il secondo è quello della tassazione unitaria. Per quanto riguarda il profilo pratico, nel primo modello le società di capitali che partecipano ai distretti verrebbero sostanzialmente equiparate a un gruppo mentre nell'altro si calcola il reddito imponibile del distretto che si ottiene sommando quello di tutte le imprese che hanno optato per la tassazione unitaria). A tale ultima modalità, possono accedere anche le imprese non soggette all'imposta sul reddito delle società (IRES). Il distretto, nell'applicazione di entrambi i modelli è identificato come un'unità fiscale di riferimento.

valorizzazione e diffusione di nuove conoscenze, tecnologie, brevetti ed applicazioni industriali prodotti su scala nazionale ed internazionale”.

Per quanto riguarda l'applicazione della normativa, il legislatore stabilisce al comma 371 che essa, previa compatibilità con la normativa comunitaria - in particolare con quella in materia di aiuti di Stato (artt. 107, 108 e 109 del TFUE) - sia definitivamente vincolante dopo il superamento di una fase di sperimentazione. Tale fase, obbligatoria secondo il dispositivo normativo, è necessaria per verificare la fattibilità delle regole di funzionamento dei distretti, vagliarne gli elementi di criticità apportando i necessari correttivi, nonché calibrare al meglio la disciplina degli accordi nazionali e locali che sono alla base della buona riuscita dei programmi di sviluppo distrettuali.

In sintesi, la legge 266/2005 arricchisce la normativa sui distretti con i profili relativi alla fiscalità, gestione, R&S e finanziamento, introducendo un impianto legislativo che si applica oltre ai distretti produttivi, ai distretti industriali e ai sistemi produttivi. Scopo del legislatore è quello di fornire una visione unitaria del distretto quale soggetto indipendente ed autonomo dai singoli partecipanti. Tale intervento ha anche voluto uniformare le discipline presenti nelle varie regioni italiane per creare un modello maggiormente utilizzabile dalle imprese, che potesse essere apprezzato sul mercato, fornendo maggiori garanzie alle controparti del distretto, siano essi i fornitori/clienti, istituti finanziari PA.

Tale volontà è stata salvaguardata dalla sentenza della Corte Costituzionale, esaminata in precedenza, che ne ha conservato l'impianto ritenendo costituzionalmente legittime le nuove disposizioni.

Infatti, per quanto la nuova disciplina non riguardi materie di competenza esclusiva dello Stato, bensì anche di competenza concorrente ed esclusiva delle Regioni, la Corte ha rilevato come sussistano delle “esigenze di carattere unitario che legittimano l'avocazione in sussidiarietà”, ovvero che la disciplina sia dettata unicamente con norme statali³⁵.

4.4 Questioni privatistiche in tema di distretto

³⁵ Alcune Regioni, invece, non hanno mai emanato un provvedimento legislativo che istituiva i distretti industriali, sebbene la legge nazionale attribuisse alle Regioni il compito di individuare gli ambiti distrettuali e definire risorse ed iniziative per progetti di sviluppo industriale. Tra di esse rientrano l'Umbria, il Trentino-Alto Adige, la Valle d'Aosta e la Calabria. Infine, l'Emilia-Romagna rappresenta un caso unico nel panorama italiano riguardo la produzione normativa sui distretti industriali, poiché tale Regione ha espressamente deciso di non emanare nessuna disciplina in materia. Questa è una vera e propria scelta da parte della Regione che fino a oggi non ha approvato alcuna legge che regola l'istituzione dei distretti industriali che potrebbero insediarsi nel suo territorio. Resta inteso che contestualmente insistono diverse aree a vocazione industriale. I distretti già presenti sono particolarmente sviluppati in alcuni settori che trovano largo mercato negli Stati esteri. In presenza di un contesto produttivo molto specializzato e diversificato, la Regione ha deciso di lasciare ampia autonomia agli attori locali in merito alla loro organizzazione e aggregazione. Questo approccio ha consentito lo sviluppo di una serie di azioni di politiche territoriali delineate nei programmi di sviluppo triennali. Il modello di *governance* del territorio regionale è prefigurato dalla legge regionale 3/1999, che all'articolo 64, comma 3, delinea progetti di: partenariato economico in ambito infra-regionale e interregionale; attività di marketing territoriale indirizzato in particolare attrazione di nuove imprese a elevato contenuto tecnologico; promozione di attività economiche concernenti l'economia sociale e ambientale; realizzazione di insediamenti artigianali, industriali e aree ecologicamente attrezzate; riqualificazione e recupero infrastrutturale dei servizi di aree industriali e artigianali esistenti.

L'intervento legislativo contenuto nella finanziaria del 2006 e nelle sue successive modifiche ha avuto l'obiettivo di allargare il campo di applicazione della normativa dei distretti, fornendo anche misure inerenti agli aspetti fiscali, finanziari, di R&S ed amministrativi per delineare una figura unitaria del distretto scevra da differenze causate dalla loro collocazione territoriale.

Il legislatore ha voluto elevare il distretto a figura autonoma dalle singole imprese partecipanti, attribuendogli la possibilità di agire come un *unicum*. Tuttavia, nonostante i miglioramenti normativi, anche questo intervento mostrava lacune legate ad una visione del distretto eminentemente pubblicistico-amministrativa. I diversi provvedimenti succedutisi, a partire dalla legge istitutiva del 1991, hanno sempre identificato i distretti come destinatari di finanziamenti pubblici o di agevolazioni fiscali e amministrative, poiché volti a promuovere lo sviluppo economico locale; viceversa nessun testo normativo si è concentrato sugli aspetti privatistici del distretto, sulla sua natura giuridica, sui rapporti che intercorrono tra le imprese aderenti ed in particolare quelli patrimoniali. Tali aspetti, in mancanza di una disciplina specifica, sono soggetti al diritto privato comune.

In tale prospettiva, la disciplina dei distretti, sebbene migliorata grazie alla normativa della l. n. 266 del 2005, appare ancora incompleta e non inquadrata con gli altri fenomeni aggregativi presenti nel nostro ordinamento giuridico. A seguito di tali considerazioni, risulta complesso un confronto tra il modello distrettuale e quello reticolare³⁶; infatti quest'ultimo, sebbene ne rappresenti, dal punto di vista aziendalistico, un'evoluzione in chiave moderna - il distretto può essere visto come l'anticamera verso le reti trans-territoriali e trans-settoriali - ne allarga i confini, spostando l'elemento territoriale da nazionale ad internazionale, basando l'esigenza di collaborazione sulla necessità di rapporti che vadano oltre la localizzazione geografica, ovvero oltre il limite del territorio regionale.

4.5 Il ddl Bersani: l'evoluzione del distretto in rete di imprese

Nel 2007, con il cd. d.d.l. Bersani sulle liberalizzazioni³⁷, per la prima volta il legislatore introduce il concetto delle reti di impresa. Il d.d.l. n. 2272-bis-bis recante "*Misure per il cittadino consumatore e per*

³⁶ La rete, infatti, ad eccezione degli aspetti amministrativi, finanziari e di ricerca e sviluppo e quindi con il disposto normativo della lett. b, c e d del comma 368 della l. n. 266 del 2005, non ha nessun altro elemento di contatto con la disciplina dei distretti.

³⁷ L'art. 24, intitolato "*Delega al Governo in materia di configurazione giuridica delle reti di impresa*" stabiliva che "1. Al fine di agevolare la creazione di reti o aggregazioni di imprese il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro della giustizia, sentite le Commissioni parlamentari competenti per materia e per le conseguenze di carattere finanziario, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, uno o più decreti legislativi, volti, in conformità alla normativa comunitaria, a:

- a) definire le forme di coordinamento stabile di natura contrattuale tra imprese aventi distinti centri di imputazione soggettiva, idonee a costituire in forma di gruppo paritetico o gerarchico una rete di imprese;
- b) definire i requisiti di stabilità, di coordinamento e di direzione necessari al fine di riconoscere la rete di imprese;
- c) definire le condizioni, le modalità, i limiti e le tutele che assistono l'adozione dei vincoli contrattuali di cui alla lettera a);
- d) definire le modalità per il riconoscimento internazionale delle reti di imprese e per l'utilizzo, da parte delle reti medesime, degli strumenti di promozione e di tutela internazionali dei prodotti italiani;

agevolare le attività produttive e commerciali, nonché interventi in settori di rilevanza nazionale” conteneva all’art. 24 una delega al Governo volta ad introdurre nell’ordinamento italiano le reti di impresa.

Queste ultime venivano definite quali forme di coordinamento stabile di natura contrattuale tra imprese aventi distinti centri di imputazione soggettiva e costituite in forma di gruppo paritetico o gerarchico. La legge delega, se esercitata, avrebbe dato luogo ad una disciplina precisa e di facile attuazione poiché delineava dettagliatamente gli aspetti civilistici del fenomeno. Tuttavia, sebbene approvata dalla Camera dei Deputati il 13 giugno 2007, a causa dell’interruzione della legislatura, la proposta legislativa non approdò mai in Gazzetta Ufficiale.

Nonostante tale fallimento, le reti rimasero al centro dell’attenzione; l’anno successivo il fenomeno del coordinamento reticolare tra le imprese fu oggetto di studio presso il Consiglio Nazionale dell’Economia e del Lavoro - CNEL³⁸. Quest’ultimo nel 2008 elaborò un *paper* nel quale sosteneva l’importanza delle reti per lo sviluppo del sistema produttivo³⁹, sia in ambito nazionale che internazionale⁴⁰.

Sull’onda di queste sollecitazioni, il legislatore decise di dedicarsi nuovamente sul tema delle reti, scegliendo, questa volta, la via del decreto legge. La normativa contenuta all’art. 6-*bis* del dl. 112 del 2008, convertito in l. n. 133 del 2008⁴¹, definiva le reti “libere aggregazioni di singoli centri produttivi

e) definire, anche con riguardo alle conseguenze di natura contabile e impositiva e in materia di mercato del lavoro, il regime giuridico della rete di imprese, eventualmente coordinando o modificando le norme vigenti in materia di gruppi e consorzi di imprese;

f) con riferimento alle reti che comprendono imprese aventi sede legale in Paesi diversi, prevedere una disciplina delle reti transnazionali, eventualmente distinguendo tra reti europee e reti internazionali;

g) prevedere che ai contratti di cui alla lettera a) possano aderire anche imprese sociali, nel rispetto della disciplina di cui al decreto legislativo 24 marzo 2006, n. 155, nonché, seppure in posizione minoritaria, enti senza scopo di lucro che non esercitino attività d’impresa.

2. Il parere delle Commissioni parlamentari di cui al comma 1 è reso entro due mesi, decorsi i quali il decreto legislativo può essere comunque emanato. Entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi di cui al comma 1, il Governo può adottare disposizioni integrative e correttive dei predetti decreti, con le medesime procedure e nel rispetto degli stessi principi e criteri direttivi.

³⁸ Il CNEL ha prestato, da sempre, grande attenzione sui distretti industriali e sulle loro evoluzioni. Già nel paper dal titolo “*Distretti produttivi e sviluppo. Innovazione e competitività delle imprese*”, approvato in assemblea il 18 dicembre 2008 si analizzavano le differenze con il sistema nascente delle reti di impresa affermando “Il passo per l’instaurazione di rapporti formali tra imprese di territori diversi, anche esterni alla filiera, è stato breve, favorito anche dallo sviluppo formidabile delle innovazioni tecnologiche e delle comunicazioni (ICT), producendo una nuova evoluzione dei sistemi distrettuali e di filiera: le reti d’impresa che mettono insieme imprese medie, piccole e grandi e fanno coalizione nell’area vasta nazionale, ma anche transnazionale”.

³⁹ Il CNEL nell’ambito delle Osservazioni e delle Proposte ha approvato, con voto unanime dall’Assemblea del CNEL, nella seduta del 24 marzo 2010, sulla base dell’articolo 10 della legge 936/1986 recante norme sul Consiglio Nazionale dell’Economia e del Lavoro, una pronuncia dal titolo “*Le trasformazioni del sistema imprenditoriale in Italia*” nel quale promuove come linea per la ripresa puntare sulla rete come aggregazione pensante e strategica.

⁴⁰ In particolare ci si riferisce ai Grandi Progetti Strategici del Programma Nazionale della Ricerca 2007-2013, al programma Industria 2015 e al Piano triennale di finanza pubblica 2009-2011, con le prime misure adottate nella manovra d’estate (legge 133/2008).

⁴¹ L’art. 6-*bis* introdotto nella legge n. 133 del 2008 di conversione del dl n. 112 del 2008 conteneva nei commi 1 e 2 misure sulle reti di impresa. L’articolo ormai interamente abrogato affermava “Al fine di promuovere lo sviluppo del sistema delle imprese attraverso azioni di rete che ne rafforzino le misure organizzative, l’integrazione per filiera, lo scambio e la diffusione delle migliori tecnologie, lo sviluppo di servizi di sostegno e forme di collaborazione tra realtà produttive anche appartenenti a regioni diverse, con decreto del Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di

coesi nello sviluppo unitario di politiche industriali, anche al fine di migliorare la presenza nei mercati internazionali". Tale disposto normativo, che ha solamente definito le reti di impresa e che le ha equiparate ai distretti per le agevolazioni fiscali, finanziarie, amministrative e di R&S, ha avuto vita breve poiché la legge n. 99 del 2009 l'ha definitivamente abrogato. Nonostante i due tentativi falliti in merito alle reti di impresa, il legislatore, ha preso atto dell'esistenza di questa nuova forma organizzativa imprenditoriale ed è tornato ad emanare una normativa sul fenomeno reticolare nel 2009.

Tale normativa, sebbene fortemente criticata in dottrina⁴², ha avuto il merito di occuparsi, dopo oltre quindici anni di discussione, delle reti e dei distretti, generando grande interesse da parte della compagine imprenditoriale.

5. L'esigenza di una nuova figura aggregativa: il contratto di rete

Una volta approfondita la definizione di distretto e aver ricostruito la sua evoluzione legislativa, che ha portato all'introduzione della rete d'impresa, caratterizzata da maggiore flessibilità e basata sulla trans-settorialità e trans-territorialità, al fine di aumentarne la competitività - in particolare quella delle Pmi - appare utile effettuare un raffronto con le altre figure di coordinamento conosciute nel nostro ordinamento per comprendere i motivi che hanno spinto il legislatore ad introdurre tale nuova figura negoziale.

Allo stato della legislazione vigente, se si vuole comunque tentare di individuare il miglior modello possibile da applicare al coordinamento tra imprese, le forme giuridiche più consone a realizzare tali richieste sembrerebbero essere quelle del consorzio a rilevanza esterna e quella della società consortile. Tuttavia, anche queste categorie non esauriscono i possibili modelli utilizzabili per meglio gestire la collaborazione tra operatori produttivi.

Per questa ragione, è possibile ipotizzare la combinazione dei modelli di coordinamento organizzativi e contrattuali, con il fine di ampliare il campo di applicazione delle figure di collaborazione imprenditoriale. Tale classificazione distingue i primi, nei quali si prevede una struttura comune che faccia da interlocutore con i terzi, dai secondi nei quali le relazioni tra le imprese sono esclusivamente negoziali senza la costituzione di un organo comune.

Trento e di Bolzano, sono definite le caratteristiche e le modalità di individuazione delle reti delle imprese e delle catene di fornitura.

2. Alle reti, di livello nazionale, delle imprese e alle catene di fornitura, quali libere aggregazioni di singoli centri produttivi coesi nello sviluppo unitario di politiche industriali, anche al fine di migliorare la presenza nei mercati internazionali, si applicano le disposizioni concernenti i distretti produttivi previste dall'articolo 1, commi 366 e seguenti, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, come da ultimo modificati dal presente articolo, ad eccezione delle norme inerenti i tributi dovuti agli enti locali".

⁴² La disciplina originaria della rete è stata oggetto di pesanti critiche in dottrina, come si approfondirà nei capitoli successivi al momento basti ricordare E. BRIGANTI, *La nuova legge sui contratti di rete tra le imprese: osservazioni e spunti*, in *Notariato*, 2010, 2 che definisce la normativa "parziale ed imprecisa".

6. Modelli organizzativi societari di coordinamento delle aggregazioni di impresa

Il coordinamento tra imprese può nascere e svilupparsi mediante l'uso di modelli organizzativi. Questi schemi sono caratterizzati dalla presenza di una struttura comune, cui vengono conferite risorse strumentali all'attività di coordinamento, e di una stabile funzione di governo. Quest'ultima si differenzia da quella di origine contrattuale perché i singoli partecipanti agiscono, generalmente, in base al principio maggioritario.

Ai fini della presente indagine, l'analisi di queste forme di coordinamento è sicuramente più interessante, poiché esse sono in grado di adattarsi a tutti i vari modelli aggregativi e sembrerebbero essere adatte a svolgere le nuove funzioni richieste dal mercato.

Le figure giuridiche ricondotte a questa categoria, pur potendo essere molto diverse tra loro, sono accomunate dalla maggiore capacità di adattamento alla realtà produttiva e dalla capacità di creare forme di coordinamento, nell'ambito della fornitura di servizi, di più ampio respiro rispetto a quelle realizzabili con strumenti privi di un'organizzazione stabile.

In questi modelli organizzativi, le imprese coordinate assumono lo *status* di partecipante e continuano a operare svolgendo la propria attività d'impresa e demandando alla struttura organizzativa il compito di realizzare il coordinamento industriale ed eventualmente di fornire servizi ai partecipanti.

In tale prospettiva è utile soffermarsi sulle organizzazioni di tipo consortile, che appaiono come la modalità maggiormente adatta per l'istituzionalizzazione e la regolazione del coordinamento tra imprese. Infatti, se lo scopo di quest'ultime è quello di accrescere lo sviluppo delle aree e dei settori di riferimento, nonché di migliorare l'efficienza nella produzione e nell'organizzazione, non si può non pensare, anzitutto, ai consorzi, che hanno come funzione tipica proprio quella di soddisfare determinate esigenze di coordinamento della produzione e dello scambio⁴³.

Tale funzione è collegata alla riforma del 1976⁴⁴; infatti, prima della sua entrata in vigore⁴⁵, il consorzio aveva il compito di disciplinare lo svolgimento delle attività delle imprese partecipanti⁴⁶.

⁴³ La funzione di coordinamento, sebbene sia ormai vista come principale per i consorzi, era nella prima fase dell'introduzione della normativa secondaria. Autorevole dottrina era dell'idea che la figura del consorzio si riferisse soltanto agli accordi fra imprese per la restrizione della reciproca concorrenza e che tutte le altre forme di collaborazione tra imprese dovessero ricadere nella nozione residuale delle associazioni non riconosciute. Ci si riferisce a G. AULETTA, voce *Consorzi commerciali*, in *Nuovo Digesto Italiano*, III, Torino, 1938, 956 ss.; e T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960.

⁴⁴ La disciplina del contratto di consorzio ha subito una significativa riforma mediante la legge 10 maggio 1976, n. 377, recante "*Modificazioni della disciplina del codice civile in tema di consorzi e di società consortili*", in G.U. n. 148 del 7 giugno 1976, che ha modificato parte dell'impianto normativo del consorzio previsto agli artt. 2602-2620 c.c., in particolare in merito alla definizione, alla durata, alla responsabilità del consorzio, ed inserendo gli 2615-*bis* e 2615-*ter* sulla situazione patrimoniale e la società consortile.

⁴⁵ Sui cambiamenti apportati dalla riforma del 1976, v. A. FRIGNANI, *Le nuove norme sui consorzi*, in *Giur. Comm.*, 1976, I, 540 ss.

⁴⁶ Prima della novella legislativa, la dottrina si era divisa equamente tra sostenitori della visione del consorzio in chiave anti-concorrenziale e coloro i quali invece hanno dato maggiore peso alla funzione di coordinamento interaziendale, considerando la disciplina della concorrenza uno degli aspetti possibili. Della prima categoria fanno parte T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: istituzioni di diritto industriale*, Milano, 1960; G. FERRI, *Consorzio*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, 371 ss.; G. MINERVINI, *Concorrenza e consorzi*, *Concorrenza e consorzio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da

Secondo autorevole dottrina⁴⁷, essi costituivano al pari dei cartelli “una pratica oligopolistica, restrittiva della concorrenza, anche se dai cartelli differivano per il fatto che davano vita ad un’organizzazione comune, cui era affidato il compito di coordinare, con deliberazioni assunte a maggioranza, l’attività economica dei singoli imprenditori consorziati⁴⁸ e di vigilare sull’esatto adempimento, da parte dei singoli imprenditori, degli impegni assunti con il contratto di consorzio”.

Un’altra differenza con i cartelli consiste nell’assunzione da parte di questi ultimi di obbligazioni negative, mentre la funzione dei consorzi è positiva, ovvero l’esercizio coordinato delle attività d’impresa⁴⁹.

Proprio per limitare gli effetti oligopolistici del consorzio sul mercato, l’art. 2602 ante-riforma stabiliva la possibilità di concludere negozi consortili solo per svolgere le medesime attività economiche o quelle connesse. Non si poteva, cioè, stipulare un contratto consortile che prevedeva la partecipazione di imprese con oggetti sociali differenti ed operanti in mercati differenti⁵⁰.

Il modello di coordinamento ha prevalso rispetto alla funzione anti-concorrenziale grazie alla manifestazione di esigenze di collaborazione aziendale a livello sovranazionale, che rendevano possibile per le imprese affrontare la competizione internazionale, ed al contemporaneo sviluppo di una politica volta a facilitare la costituzione di organismi associativi tra piccole e medie imprese⁵¹. Esso è diventato caratterizzante per la figura del consorzio tra imprenditori⁵², trasformandolo in uno strumento di collaborazione soprattutto per le Pmi, finalizzato a rafforzarle. Tale modello contrattuale, dunque, da una visione iniziale che lo avvicinava ad un cartello e stipulato dalle imprese in chiave oligopolistica, si è

G. GROSSO e F. SANTORO PASSARELLI, Milano, 1965, 93 ss. Nella seconda si ritrovano G. GUGLIELMETTI, *La concorrenza e i consorzi*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, X, Torino, 1970, 370 ss.; M. GHIRON, *La concorrenza e i consorzi*, Torino, 1949; R. FRANCESCHELLI, *Consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*, nel *Comm. del cod. civ.* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Libro V, Del Lavoro, artt. 2602-2642, Bologna-Roma, 1970.

⁴⁷ Ci si riferisce a F. Galgano, *Le “fasi dell’impresa” nei consorzi fra imprenditori*, in *Contratto e impresa*, 1986, 1 ss.

⁴⁸ Ovvero la periodica determinazione del prezzo di vendita o del massimo contingente di produzione spettante ad ogni partecipante al contratto.

⁴⁹ P. PERLINGIERI, *sub art. 2602*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, (a cura di) P. Perlingieri, 1991, Napoli, 749 ricorda che “secondo un’opinione, la *vexata quaestio* adombrava motivazioni di carattere politico più che giuridico, legate alla nota distinzione tra *bonnes et mauvaises ententes*. In realtà la connotazione anticoncorrenziale non aveva per il legislatore italiano dell’epoca il valore negativo tipico della concezione liberale dell’economia e della concorrenza, cosicché la funzione principale e diretta del controllo pubblico non era quella di limitare gli effetti monopolistici dei patti consortili, ma una funzione di controllo e di direzione dell’economia”.

⁵⁰ Sul punto, F. GALGANO, *La società per azioni*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell’economia*, III, Padova, 1984, p.19 in cui afferma “una simile, restrittiva, nozione di consorzio industriale era legata alla concezione del consorzio come contratto limitativo della concorrenza, e non corrispondeva alla più ampia utilizzazione del contratto consortile da tempo ricorrente nella pratica e implicante anche forme di collaborazione fra imprese”.

⁵¹ Così P. PERLINGIERI, *sub art. 2602*, cit., 749 che giustifica “l’abbandono di ogni progetto di legislazione antitrust” per la manifestazione dell’esigenza di cooperazione interaziendale.

⁵² R. FRANCESCHELLI, *I consorzi industriali*, Padova, 1939, 273, afferma che già negli anni trenta la dottrina ammetteva consorzi stipulati da imprese con attività economiche differenti al fine di coordinare la loro produzione: “la dottrina ormai prevalente ammette la possibilità di consorzi fra imprese attendenti a gradi diversi di un determinato ciclo produttivo. Patti del tipo di cui stiamo discorrendo possono, insomma, intervenire anche fra imprese che, per ragioni di divisione del lavoro, sono in una relazione tale, che i prezzi di vendita dell’una sono elementi del costo di produzione dell’altra, o i prezzi d’acquisto dell’una rappresentano il mercato dell’altra”.

trasformato in uno strumento anti-monopolistico poiché esso aumenta la competitività delle Pmi mettendole in condizione di affrontare le sfide poste dalle grandi realtà produttive⁵³.

All'interno della grande categoria delle organizzazioni consortili è possibile distinguere due modelli: i consorzi e le società consortili⁵⁴.

I primi presentano, rispetto alla società consortile, vantaggi sotto il profilo della flessibilità in entrata e in uscita e, per certi versi, con la loro struttura più agile, possono adattarsi meglio a realtà non troppo complesse e strutturate, le seconde forniscono maggiori garanzie ai soci, incentivando così l'adesione di nuove imprese. Inoltre, la disciplina applicabile alla società consortile⁵⁵ garantisce una competenza specifica ed esclusiva all'organo amministrativo, garantendo la rapidità e la flessibilità dei procedimenti decisionali⁵⁶.

In sostanza, la presenza della struttura organizzativa societaria offre un modello di *governance* e una disciplina molto più collaudate e complete rispetto a quelle dei consorzi, consentendo di ottenere effetti di *lock-in* maggiori di quelli conseguibili usando la forma consortile classica, di avere a disposizione una più vasta gamma di strumenti di finanziamento e di assicurare la completa limitazione della responsabilità dei soci⁵⁷. A questo punto vale la pena di entrare nel dettaglio di questi due istituti al fine di analizzarne le specificità e i caratteri distintivi per esaminare le differenze con il contratto di rete.

6.1 Il consorzio tra imprese

Il modello che più si avvicina alla reti di imprese è quello consortile, dal quale il legislatore mutua parte della disciplina, soprattutto in materia patrimoniale⁵⁸. Sebbene, soprattutto nella fase iniziale dell'introduzione della disciplina, la rete venisse spesso accostata ai consorzi⁵⁹, dal momento che "tutti gli accordi di cooperazione interaziendale, qualunque siano i loro effetti sul piano della concorrenza, rientrano nella nozione dell'art. 2602⁶⁰, la differenza più rilevante tra le due fattispecie è costituita dallo

⁵³ F. GALGANO, *Le "fasi dell'impresa" nei consorzi fra imprenditori*, cit., afferma che per tale cambiamento di utilizzo il legislatore ha deciso, mediante la riforma del 1976, di ampliare il campo di applicazione del consorzio; "di qui il mutato atteggiamento legislativo nei confronti di questo contratto: le originarie norme del codice, ispirate ad un atteggiamento restrittivo, sono state riformulate dalla l. n. 377 del 1976 e sostituite con norme di favore". Tra le norme di favore introdotte dalla riforma rientrano quelle relative alla durata e al regime patrimoniale.

⁵⁴ Sulla differenza tra i due modelli v. G. VOLPE PUTZOLU, *Le società consortili*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, Torino, 1998, 281 ss.

⁵⁵ In tema di società consortile v. M.S. SPOLIDORO, *Le società consortili*, Milano, 1984.

⁵⁶ In riferimento alla applicabilità delle norme societarie al consorzio e alla società consortile v. G. MARASÀ, *Consorzi e società consortili*, Torino, 1990.

⁵⁷ G. ROMANO PAVONI, *Osservazioni sulle società costituite per scopi mutualistici e per scopi di consorzio*, in *Riv. di dir. ind.*, 1953, I, 109 ss.

⁵⁸ La comparazione tra il modello del contratto di rete e quello consortile, è di grande interesse se si pensa che i problemi relativi ai profili patrimoniali presentano diverse similitudini con quelli nel contratto di consorzio, ormai già risolti dalla dottrina. Sul punto, P. PERLINGIERI, *sub art. 2602*, cit., 749, il quale considera la disciplina patrimoniale del consorzio antecedente alla riforma, che prevedeva la responsabilità illimitata per coloro che agivano in nome e per conto del consorzio in relazione alle obbligazioni consortili, uno dei motivi dell'oggettiva difficoltà applicativa del modello.

⁵⁹ In tal senso E. BRIGANTI, *La nuova legge sui contratti di rete tra le imprese: osservazioni e spunti*, cit., 192.

⁶⁰ Cfr. F. GALGANO, *La società per azioni*, cit., 19.

scopo⁶¹. Quest'ultimo è di carattere mutualistico nel modello consortile, viceversa è lucrativo nelle reti che sono concluse dagli imprenditori per trarre profitto. Inoltre, i partecipanti si associano in un consorzio per un obiettivo specifico, in genere per ottenere una riduzione dei costi, mentre quando operano al di fuori di tale modello aggregativo restano *competitors* e quindi non hanno obiettivi comuni. La finalità consortile risulta, dunque, più ristretta poiché consente agli imprenditori, secondo quanto disposto dall'art. 2602 c.c. "di acquisire, mediante l'organizzazione comune, beni e servizi strumentali all'esercizio delle proprie attività a condizioni più vantaggiose, conseguendo maggiori ricavi, o un risparmio sui costi di gestione⁶²". Per tali ragioni appare evidente l'irriducibilità della rete al modello consortile.

Il consorzio può essere definito come un gruppo di imprese munito di un'organizzazione comune idonea a soddisfare determinate esigenze di coordinamento della produzione e dello scambio. Ai sensi dell'articolo 2602 del Codice Civile, infatti, "con il contratto di consorzio più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese", ovvero danno vita ad una struttura nuova alla quale è rimesso il compito di coordinare l'azione delle singole imprese che vi partecipano, rendendole in grado di ampliare le possibilità di espansione e le loro dimensioni economiche⁶³.

Altro interessante spunto di confronto tra la disciplina della rete e quella del consorzio è relativa alle attività esercitabili da tali organizzazioni aggregative. Per quanto concerne il consorzio, la definizione dell'art. 2602 c.c. relativa al contratto di consorzio, è stata ampiamente riveduta con la riforma del 1976; precedentemente, il testo normativo recitava che "i contratti tra più imprenditori, esercenti una medesima attività economica o attività economiche connesse, i quali hanno per oggetto la disciplina delle attività stesse mediante un'organizzazione comune, sono regolati dalle norme seguenti, salve le diverse disposizioni delle leggi speciali". I consorziati dovevano, quindi svolgere le medesime

⁶¹ In riferimento alla disciplina originaria sul contratto di rete autorevole dottrina sosteneva che con la previsione del contratto di rete il legislatore non avesse introdotto nulla di nuovo, se non una nuova versione del consorzio. Cfr. M. Granieri, *Il contratto di rete: una soluzione in cerca del problema?*, in *I Contratti*, 10, 2009, 938 ss., in cui l'autore afferma "è forte il sospetto che – se questo era l'obiettivo – la norma non sia riuscita a nel tentativo di creazione di una nuova fattispecie sia pur ibrida, con quelle caratteristiche che né esistevano nell'ordinamento, né l'autonomia privata sarebbe stata in grado di elaborare. Rimastando nel patrimonio genetico del civilista, l'opera di ingegneria genetica del legislatore ha prodotto una fattispecie che non arriva ad essere autenticamente trans-tipica, né tanto meno nuova ... Ciò che appare, sulla base del comma 3-ter, è in realtà un contratto di consorzio con alcuni caratteri lievemente modificati. D'altra parte lo strumento consortile ha, per definizione, la medesima e già nota vocazione che si ascrive al contratto di rete, cioè quella di creare un'occasione (temporanea) di cooperazione senza compromissione dell'autonomia, là dove le capacità individuali risultano limitate per la finalità che si vuole conseguire ... Se si scorre l'art. 2602 c.c. si notano pochissime differenze con la fattispecie odierna, per lo più superficiali e circoscritte al fatto che il legislatore non si è limitato allo svolgimento dell'oggetto sociale, ma a «fasi delle rispettive imprese»".

⁶² Così G. PALMIERI, *Profili generali del Contratto di rete*, in *Reti d'impresa: profili giuridici, finanziamento rating*, a cura di AIP, Milano 2011.

⁶³ Autorevole dottrina afferma che lo scopo della tipizzazione del contratto di consorzio nel codice del 1942 è da leggersi sotto il profilo della normativa anticoncorrenziale e non quindi per aumentare la collaborazione interaziendale delle imprese, cfr. G. AULETTA e N. SALANITRO, *Diritto commerciale*, Milano, 2008.

attività; viceversa, con l'entrata in vigore della riforma, l'oggetto del contratto non presenta più tale limite, rendendo possibile per i partecipanti al negozio consortile lo svolgimento di qualsiasi attività.

La disciplina delle reti di impresa ha subito la stessa evoluzione; infatti il disegno originario previsto nel d.l. n. 5/2009, conv. in l. n. 33, prevedeva al comma 4-ter che “con il contratto di rete due o più imprese si obbligano ad esercitare in comune una o più attività economiche rientranti nei rispettivi oggetti sociali allo scopo di accrescere la reciproca capacità innovativa e la competitività sul mercato”. Le imprese che si aggregavano in rete potevano, dunque, svolgere esclusivamente attività che rientravano nei loro rispettivi oggetti sociali; in sostanza mediante la stipula del contratto di rete, le parti non potevano ampliare la gamma di attività eseguibili.

Anche in questo caso, tuttavia, così come avvenuto per la normativa consortile, il legislatore è intervenuto nuovamente per ricalibrare la previsione relativa all'oggetto; infatti il testo modificato dalla novella del 2010, attualmente vigente, afferma che “con il contratto di rete più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa”. L'intervento legislativo consente, quindi, di ampliare il fenomeno della rete, prevedendo la possibilità per le imprese aderenti di scambiare informazioni, collaborare o esercitare in comune le attività imprenditoriali; in sostanza, come già avvenuto per il consorzio trenta anni prima, il legislatore concede alle imprese la facoltà di aggregarsi per l'esercizio in comune di attività che vadano oltre quanto stabilito nell'oggetto sociale di ogni singolo partecipante.

Il contratto, stipulato in forma scritta a pena di nullità⁶⁴, deve indicare l'oggetto, gli obblighi e i contributi dei consorziati⁶⁵, le condizioni di ammissione per i soggetti che vogliono aderire successivamente ed eventualmente la durata e la sede⁶⁶. Nel caso in cui non siano previste clausole in merito alla durata del consorzio, esso ha, ai sensi dell'art. 2604 c.c. (*post* riforma del 1976), un limite

⁶⁴ I vincoli di forma del consorzio non sono imputabili allo scopo di cooperazione aziendale che le parti vogliono ottenere dalla sua stipula, bensì rispondono all'originaria “funzione regolatrice della concorrenza, ed hanno lo scopo di agevolare la vigilanza governativa sull'attività dei consorzi prevista dall'art. 2619 c.c.”. In tal senso, P. PERLINGIERI, *Sub art. 2603*, cit. La norma recita infatti che “l'attività dei consorzi è sottoposta alla vigilanza dell'autorità governativa. Quando l'attività del consorzio risulta non conforme agli scopi per cui è stato costituito, l'autorità governativa può sciogliere gli organi del consorzio e affidare la gestione a un commissario governativo ovvero, nei casi più gravi, può disporre lo scioglimento del consorzio stesso”. L'articolo non ha mai avuto applicazione e risulta oggi implicitamente abrogato dalla cd. Legge antitrust, l. n. 287 del 1990.

⁶⁵ Cfr. L. DE ANGELIS, *Questioni, in tema di rapporti economici fra consorzio e consorziati*, in *Le Società*, 11, 1999, 1306 ss.

⁶⁶ Cfr. P. PERLINGIERI, *Manuale di Diritto Civile*, cit., 990.

massimo di dieci anni, senza alcuna differenza tra i consorzi con funzione di coordinamento e quelli anticoncorrenziali⁶⁷.

Per tale motivo, è dibattuto se questi ultimi devono rispettare il postulato dell'art. 2596 c.c. che stabilisce la durata massima dei patti limitativi della concorrenza in cinque anni o se possano continuare ad esistere in deroga.

Inoltre, l'organizzazione consortile ha l'onere di controllare il rispetto dell'obbligo contributivo di ogni singolo partecipante grazie ad ispezioni e controlli. La principale peculiarità della forma di coordinamento interaziendale realizzata dai consorzi è quella di sostanzarsi in accordi fra aziende che agiscono nello stesso settore e che sono autonome tra loro. La capacità di salvaguardare l'autonomia e la libertà tipica dell'attività imprenditoriale distingue il consorzio da altre forme di concentrazione e di coordinamento, quali la costituzione di gruppi societari o addirittura la fusione tra più imprese, che presentano svantaggi e oneri maggiori sotto il profilo dell'aumento del rischio imprenditoriale e della possibilità per il singolo imprenditore di continuare a gestire la propria impresa in maniera autonoma e indipendente, compatibilmente con i vincoli che le parti, liberamente, stabiliscono nel contratto.

Il consorzio permette la realizzazione di forme di coordinamento stabili e al tempo stesso flessibili: basate su vincoli di origine contrattuale, che non comportano eccessive mortificazioni della libera iniziativa economica⁶⁸. Esso, dunque, crea "rete" tramite rapporti di fornitura e di collaborazione, tra Pmi e quelle di dimensioni maggiori, ma garantendo alle imprese consorziate di rimanere autonome sia sotto il profilo gestionale sia dal punto di vista giuridico⁶⁹.

Lo schema consortile, pur operando sulla base di accordi vincolanti tra le imprese che li sottoscrivono, non limita integralmente l'autonomia dell'impresa consorziata, lasciando del tutto immutata la possibilità dell'imprenditore di autodeterminarsi in quei settori che non sono oggetto dell'accordo consortile e, che in quanto tale, non sono interessati dall'attività svolta dall'organizzazione comune. Questa caratteristica favorisce particolarmente l'integrazione di imprese anche concorrenti, che se, viceversa, restassero isolate non sarebbero in grado di affrontare sfide ulteriori, a meno di impiegare un valore elevato di risorse, come può essere la competizione legata all'acquisizione dei fattori produttivi e al collocamento dei prodotti che la globalizzazione dei mercati e l'internazionalizzazione dell'economia hanno imposto alle Pmi italiane.

⁶⁷ Sulla funzione anticoncorrenziale del contratto di consorzio v. G. AULETTA e N. SALANITRO, *Diritto commerciale*, cit., 78, secondo i quali "nel primo operare del codice del 1942 il consorzio venne considerato come una struttura volta a realizzare un'intesa e quindi avente funzione anticoncorrenziale. Nel consorzio si vide cioè un cartello dotato di organizzazione volta a realizzare il rapporto; in questa prospettiva era evidente l'uguaglianza di funzione di cartelli e consorzi ed i vantaggi del consorzio sul cartello sia per la possibilità di convenire una più lunga durata (dieci anni al posto di cinque: art 2604, che così veniva interpretato dall'opinione prevalente) sia per la maggiore certezza della disciplina".

⁶⁸ F. GALGANO, *Le "fasi dell'impresa" nei consorzi fra imprenditori*, cit. 3.

⁶⁹ Il coordinamento tra le imprese nel modello consortile è stato approfondito da G.V. CALIFANO, *I consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi e le società consortili*, Milano, 1999.

Ai sensi dell'art. 2603 c.c. le imprese possono stipulare contratti di consorzio per una serie di scopi, quali il contingentamento della produzione di ogni singolo partecipante, la regolazione degli scambi o della produzione, l'elaborazione di sistemi produttivi innovativi ecc. Una caratteristica delle organizzazioni consortili è la capacità di saper coniugare stabilità e flessibilità, che dimostrano come tale strumento di coordinamento sia capace di adattarsi alle più varie realtà; in tale prospettiva, si rileva come la disciplina attuale consenta le più diverse ipotesi di trasformazione di consorzi e associazioni in società di capitali, e di società di capitali in consorzi, società consortili, società cooperative, associazioni e fondazioni⁷⁰. Inoltre, è legittima la trasformazione di un consorzio con attività esterna in società consortile e viceversa, poiché si tratta di strutture associative caratterizzate da medesimo scopo e da medesima causa⁷¹.

Questa possibilità consente al consorzio di adeguarsi agli stimoli esterni e alle evoluzioni del mercato in cui esso opera quando, per esempio, la crescita dimensionale dell'aggregazione e della sua produzione dovesse richiedere maggiori risorse finanziarie e una maggiore rigidità strutturale.

⁷⁰ Con la cd. trasformazione eterogenea si intendono le operazioni di trasformazione che consentono a s.p.a., s.a.p.a. e s.r.l. di dar vita a consorzi, società consortili, società cooperative, comunioni d'azienda, associazioni non riconosciute e fondazioni e quelle che portano al procedimento inverso. La trasformazione della società di capitali in consorzio o in società consortile e viceversa è stata tipizzata dal legislatore con l'introduzione degli artt. 2500-*septies* e 2500-*octies*. Già prima di tale innovazione normativa, essa era stata proposta dalla dottrina e giurisprudenza in risposta alla prassi delle imprese.

⁷¹ In uno studio del consiglio notarile di Milano si legge che "per effetto dell'art. 2615-*ter*, introdotto nel codice civile dalla l. 377/1976, le società previste nei Capi III ss., Titolo V, Libro V, possono assumere come oggetto lo scopo consortile. Ne consegue che, potendo essere utilizzata la forma societaria per il perseguimento di tale scopo sin dall'origine, non ricorre alcun motivo per escludere che la stessa possa essere assunta anche quando il perseguimento dello scopo consortile sia già in corso per il tramite di un consorzio con attività esterna. La trasformazione è vicenda modificativa della struttura organizzativa del gruppo, alternativa rispetto alla liquidazione e costituzione di un nuovo soggetto. Essa è connotata dal principio di continuità per effetto del quale non muta la titolarità di diritti e rapporti facenti capo al soggetto trasformato. Essa è compatibile con eventuali variazioni di disciplina applicabile e, segnatamente, con modifiche del regime della responsabilità di tutti o di alcuni degli associati. Dal sistema, invero articolato, che si è determinato per effetto di svariate disposizioni normative (tra le quali spicca, ai nostri fini, la l. 127/1971 che vieta la trasformazione di società cooperativa in società lucrativa, divieto peraltro rimosso, per le banche popolari dal T.U.B.) è desumibile il principio secondo il quale non è consentita, neppure con il consenso di tutti i soci, la trasformazione che comporti il passaggio ad un tipo di società con scopo istituzionalmente incompatibile con quello originariamente prescelto. Questo principio, esposto in termini positivi, porta ad ammettere la compatibilità della trasformazione con le vicende modificative delle strutture organizzative di enti, dotati di autonomia patrimoniale, scaturenti da contratti associativi caratterizzati da identico scopo (o causa). Tale evenienza ricorre, in particolare, nel caso di trasformazione di consorzio con attività esterna in società consortile e viceversa, posto che l'identità di scopo è normativamente attestata dall'art. 2615-*ter* c.c. L'atto di trasformazione di un consorzio con attività esterna in società consortile di capitali deve avere i requisiti di forma richiesti per la nuova struttura e dovrà essere iscritto nel registro delle imprese con le forme prescritte per l'atto costitutivo del tipo di società adottato. Inoltre, solo il consenso espresso dei creditori comporterà la liberazione dei consorziati dalla responsabilità per le obbligazioni consortili anteriori alla trasformazione, in mancanza del quale essi continueranno a risponderne. La qualificazione della trasformazione come vicenda modificativa dell'atto costitutivo comporta l'applicazione dell'art. 2607 c.c.: se non è diversamente stabilito, è necessario il consenso di tutti i consorziati. Per evitare che vengano eluse le norme poste a tutela dell'effettività del capitale, la delibera di trasformazione in società consortile di capitali necessita, della relazione di stima del patrimonio sociale ad opera dell'esperto nominato dal Tribunale. Tale requisito non è, invece, richiesto per la trasformazione di un consorzio in società di persone non essendo applicabile neppure in via analogica la disciplina degli artt. 2498 c.c. In ogni caso di trasformazione deliberata a maggioranza, avuto riguardo al tipo di società che si assume o che si perde (di capitale o di persone - a responsabilità limitata o illimitata) a tutela dei soci assenti e/o dissenzienti può soccorrere la facoltà di recesso di cui agli artt. 2609 e 2437 c.c.

Secondo la dottrina più autorevole, possono essere identificati quattro connotati tipici che caratterizzano il consorzio: i partecipanti, l'attività economica con scopo mutualistico⁷², la presenza di un organo comune e di un fondo patrimoniale e l'autonomia che resta alle imprese per le attività non ricomprese nell'oggetto del consorzio.

Il contratto di consorzio deve essere stipulato necessariamente da soggetti che rivestono la qualifica di imprenditori ai sensi dell'articolo 2602 del Codice Civile. Tale limite, presente anche nella disciplina sul contratto di rete, esclude la possibilità per le Università, gli enti locali o le associazioni di categoria di entrare a farne parte.

Non è richiesta l'omogeneità delle attività economiche esercitate dai vari imprenditori consorziati; questa seconda caratteristica è molto importante in sede di scelta della forma giuridica più adatta per un gruppo di imprese, poiché legittima la costituzione di consorzi funzionali alle aggregazioni trans-settoriali, formati da operatori economici che appartengono a settori merceologici diversi e che svolgono fasi differenti del processo produttivo. Nella prassi, si distinguono i consorzi orizzontali da quelli verticali; i primi sono attivati col fine di accomunare servizi da imprese che si trovano su uno stesso stadio del ciclo produttivo e che sono spesso in concorrenza tra loro; i secondi, invece, sono costituiti da imprese che si trovano a livelli diversi della filiera di quel bene ed hanno l'obiettivo di attuare una programmazione integrata delle attività consorziate. Nonostante la contrapposizione di interessi presente nei consorzi orizzontali - che complica le dinamiche interne e può pregiudicare la durata nel tempo del consorzio - l'idoneità di queste strutture a svolgere attività di coordinamento e di raccordo, almeno fin quando il numero delle imprese partecipanti non diventa troppo ampio, è scevra da dubbi e trova conferma nella realtà produttiva, data la loro diffusione nel territorio nazionale. I consorzi verticali, invece, pur presentando il vantaggio di eliminare le contrapposizioni economiche tra clienti e fornitori e di mettere in comune le esperienze delle varie imprese favorendo la razionalizzazione delle attività svolte e la conseguente eliminazione di sprechi e diseconomie, non sono ancora diffusi sul mercato, nonostante il loro alto grado di potenzialità.

Un'altra tipologia di consorzi è costituita da quelli con finalità anticoncorrenziale; essi operano per il contingentamento della produzione o degli scambi fra operatori economici che sono tra di loro concorrenti. Scopo di tale modalità aggregativa consiste nella riduzione della concorrenza sul mercato, per questo essi devono essere valutati diversamente rispetto a quelli di coordinamento, dando luogo ad

⁷² Lo scopo mutualistico presente nei consorzi differisce da quello presente in una cooperativa. Sul punto G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di Diritto Commerciale*, cit., 113 rileva "la mutualità consortile si differenzia però, pur sempre, dalla generica mutualità delle cooperative. Ciò in quanto specifico e tipico è il vantaggio mutualistico perseguito dai partecipanti ad un consorzio: riduzione dei costi di produzione o aumento dei ricavi delle rispettive imprese. L'interesse economico dei consorziati è, in altre parole, un interesse tipicamente imprenditoriale: migliorare l'efficienza e la capacità di profitto delle rispettive preesistenti imprese".

intese sotto il profilo del diritto della concorrenza⁷³. Viceversa quelli con scopo di coordinamento sono incentivati dal legislatore, poiché aumentando la competitività delle Pmi, rendono possibile una maggiore concorrenza sul mercato⁷⁴.

L'organo comune risponde verso i consorziati secondo la disciplina del mandato, svolge i compiti a cui è demandato dalle singole imprese aderenti e costituisce il nucleo centrale su cui si basa l'esistenza del consorzio, poiché conferisce una notevole flessibilità all'istituto, consentendogli di svolgere un'attività di coordinamento sia statica, ovvero di limitarsi a disciplinare taluni aspetti dell'attività economica svolta, sia dinamica, ovvero di svolgere concretamente ed effettivamente alcune fasi dell'attività produttiva.

Ad esso spetta, inoltre, il compito di redigere, ai sensi dell'art. 2615 *bis*, la situazione patrimoniale entro due mesi dalla chiusura dell'esercizio⁷⁵. In merito a tale scelta legislativa, contenuta nella novella del 1976, volta a tutelare i terzi rendendoli edotti sulla situazione finanziaria del consorzio, e che risponde alla limitazione della responsabilità sul fondo patrimoniale, parte della dottrina⁷⁶ ha espresso chiaramente le sue critiche giudicando la garanzia fornita ai terzi "formale e nient'affatto sostanziale"⁷⁷.

Per quanto riguarda le regole di funzionamento, l'organo comune non è disciplinato esplicitamente dalla legge ed è regolato in gran parte dall'autonomia privata, che senza dubbio contribuisce enormemente alla sua adattabilità a ogni situazione concreta, ma che, dall'altro canto, pone problemi per quanto riguarda la certezza del diritto, la completezza e l'equità della disciplina dettata dai privati.

Salvo per quegli aspetti disciplinati nel contratto consortile, le singole imprese rimangono indipendenti e autonome tra loro; questa caratteristica limita l'invasività di tale forma di coordinamento rispetto a molte altre (il ricorso a una *holding* su tutte⁷⁸), aspetto che non può essere sottovalutato dato il

⁷³ Sulla differenza tra i consorzi con funzione di coordinamento e quelli anticoncorrenziali, si rinvia a G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di Diritto Commerciale*, cit., 109, che equipara i consorzi anticoncorrenziali ai patti limitativi della concorrenza, affermando che essi "sollecitano controlli volti ad impedire che per loro tramite si instaurino situazioni di monopolio di fatto contrastanti con l'interesse generale".

⁷⁴ Il principio di competitività e l'aumento di concorrenza sul mercato che da esso deriva, è all'attenzione legislativa nel diritto tedesco ed è l'elemento che ha influito sulla scelta di emanare l'art. 3 del GWB che sarà oggetto di analisi nei capitoli successivi.

⁷⁵ Tale profilo fornisce un altro spunto di comparazione tra la normativa prevista nei consorzi e l'evoluzione della disciplina del contratto di rete. Anche in questo caso il profilo della rendicontazione economico non era previsto in nessuna delle due legislazioni, ma è stata aggiunta per entrambe in un momento successivo. L'obbligo della redazione della situazione patrimoniale è presente anche nella disciplina del contratto di rete, sebbene in quest'ultima, il legislatore aggiunge che l'organo comune, nel redigere la situazione patrimoniale, deve osservare le disposizioni relative al bilancio di esercizio della società per azioni.

⁷⁶ Sul punto non vi è concordia in dottrina; alcuni hanno giustificato la previsione della presentazione della situazione patrimoniale e non del bilancio per rimarcare la diversa natura giuridica dei consorzi rispetto alle società di capitali; inoltre poiché il consorzio non produce utili in senso tecnico, "correttamente, pertanto, oggetto della pubblicità prevista dall'art. 2615, che è apprestata ad esclusiva tutela dei terzi, è non il bilancio, inteso come documento contabile comprensivo del conto patrimoniale e del conto economico, ma soltanto la situazione patrimoniale, e cioè in definitiva il conto patrimoniale" Così P. PERLINGIERI, *Sub art. 2615-bis*, cit., 767 che riprende G. VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'assicurato in un sistema pluralistico*, Milano, 1977.

⁷⁷ Tra i più critici G. FERRI, *Consorzi e società consortili: ancora una modificazione occulta del codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, I, 130 ss., il quale sostiene la non riconducibilità della situazione patrimoniale al bilancio vero e proprio.

⁷⁸ La disciplina delle holding e più in generale dei gruppi di imprese differisce da quella in esame nel presente studio, concentrato sul coordinamento e le aggregazioni delle piccole e medie imprese e dunque sulla molteplicità di imprese che

tessuto imprenditoriale del nostro Paese, costituito per la stragrande maggioranza dei casi da piccole e medie imprese familiari, e quindi da aziende gelose della propria storia e della propria autonomia e non certo entusiaste di aprire le proprie porte all'ingresso di dirigenti e investitori esterni o addirittura di confluire in aggregazioni più grandi, recidendo quel legame atavico che le ha legate per decenni alla famiglia del fondatore.

Nonostante la presenza di un'organizzazione stabile, che può addirittura essere blindata tramite accordi di *lock-in*, la flessibilità dello strumento è garantita dal fatto che sia i consorzi con attività esterna sia le società consortili possono essere disegnati in modo tale da consentire il recesso e l'esclusione dei consorziati o l'ammissione di nuovi aderenti senza che vi sia alcuna alterazione strutturale e, quindi, senza che l'*exit* di uno o più soggetti possa mettere a rischio la loro sopravvivenza⁷⁹. L'*exit* di un consorziato può avvenire per recesso o mediante decisione di esclusione; in entrambi i casi la disciplina deve essere contenuta nel contratto e la causa tipica per decidere l'esclusione di un socio si ha in presenza di inadempimento degli obblighi consortili.

L'uscita dal consorzio determina l'aumento delle quote degli altri aderenti in maniera proporzionale alla propria quota. Da tale disciplina bisogna distinguere quella che, ai sensi dell'art. 2611, regola lo scioglimento dell'intero contratto, che può avvenire mediante una delibera a maggioranza dei partecipanti se in presenza di una giusta causa; in mancanza, invece, lo scioglimento deve essere deliberato all'unanimità.

6.1.1 I consorzi a rilevanza esterna

Se dal punto di vista civilistico, la differenza tra i consorzi anticoncorrenziali e quelli con funzione di coordinamento non genera una diversa regolamentazione, distinzione rilevante è quella tra consorzi con attività interna, destinati ad operare solo tra gli aderenti, e quelli con attività esterna, che agiscono anche nei confronti dei terzi e aventi un fondo comune dotato di autonomia patrimoniale⁸⁰.

Ai fini della presente analisi, occorre prendere in considerazione soprattutto quest'ultimo tipo di consorzio in quanto, pur essendo privo di personalità giuridica, esso costituisce un autonomo centro di

collaborano tra di loro per agire come un *unicum*, mentre nei gruppi un'impresa la holding assoggetta imprese tra loro direttamente collegate dal punto di vista organizzativo e finanziario. Tale fenomeno rappresenta dunque un'evoluzione dei *Konzern* presenti nel sistema produttivo tedesco che saranno approfonditi *infra*. Per una attenta disamina della disciplina, si rinvia a F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contratto e Impresa*, 2004, 1015 ss.; dove l'autore ricorda che "l'essenza del gruppo sta nella scomposizione dell'impresa in una pluralità di società, ciascuna delle quali esercita una diversa fase di una medesima attività di produzione o di scambio".

⁷⁹ Secondo G. GABRIELLI, *Sui contratti necessariamente aperti*, in *Riv. dir. Civ.*, 1982, I, 577 ss., "il contratto di consorzio rientra nel novero dei contratti necessariamente aperti, onde la mancanza delle indicazioni relative alle modalità di ingresso di nuovi consorziati costituirebbe causa di nullità del patto".

⁸⁰ Sulla differenza di disciplina nei consorzi con attività interna e quelli con attività esterna v. per tutti G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di Diritto Commerciale*, cit., 109.

rapporti giuridici ed è in grado di assumere la responsabilità, garantita dal fondo consortile⁸¹, dei contratti stipulati in nome proprio e dei rischi derivanti dalla gestione dell'attività imprenditoriale⁸².

Il consorzio ad attività interna può, comunque, svolgere funzione di coordinamento tra imprese, soprattutto nell'ipotesi che il numero degli aderenti non sia troppo elevato, ma è meno adatto a raccogliere le nuove sfide del mercato e strutturalmente mal si presta a fornire servizi alle imprese partecipanti.

Nei consorzi con attività esterna, la circostanza che essi operino con soggetti terzi pone determinate esigenze:

- rendere conoscibili ai terzi tutti gli elementi necessari per il regolare svolgimento della loro attività con il consorzio;
- attribuire autonomia patrimoniale al consorzio, al fine di garantire i soggetti che contraggono obbligazioni con la struttura consortile.

Per quanto riguarda la prima esigenza, essa è soddisfatta dall'articolo 2612 del Codice Civile, che prevede un particolare regime pubblicitario, con l'iscrizione del contratto consortile nel registro delle imprese entro 30 giorni dalla stipulazione dello stesso. Tuttavia, nonostante questo tipo di consorzio nasca con la precisa intenzione di rapportarsi con i terzi, la legge tace sulla sua organizzazione, non prevedendo norme vincolanti in grado di tutelare chi entra in contatto con queste strutture.

Inoltre, non si prevede neanche la necessaria istituzione di una assemblea consortile e tanto meno quella di un consiglio d'amministrazione o di un collegio sindacale.

Sul riparto di competenze tra organo assembleare ed esecutivo⁸³, la disciplina prevede, a meno che le parti non stabiliscano altrimenti, che il primo delibererà in ordine all'attuazione dell'oggetto del consorzio (l'elezione dei componenti degli organi consortili e le modifiche statutarie, la redazione del piano d'attività, l'approvazione della situazione patrimoniale ecc.), mentre all'organo gestorio, che non dovrà necessariamente avere una composizione unitaria ma potrà dividersi in più organi, sarà affidato il compito di gestire l'attività e la struttura consortile, di attuare la volontà dei consorziati, di amministrare il patrimonio consortile e di svolgere la funzione di controllo sulle attività dei consorziati, fermi restando gli ulteriori poteri attribuibili dallo statuto.

⁸¹ In tema di responsabilità del consorzio in seguito alla riforma del 1976 v. M.R. MORELLI, *Il regime della responsabilità patrimoniale dei consorzi ad attività esterna fra istanze di snellezza operativa ed esigenze di tutela dei terzi contraenti*, in *Foro It.*, 1980, 1, 1990 ss.; e G. VOLPE PUTZOLU, *Responsabilità del consorzio e responsabilità dei consorziati*, in *Giur. Comm.*, 1980, 1, 180 ss.

⁸² In merito al regime della responsabilità per le obbligazioni consortili, in dottrina si è affermata l'idea che "il collegamento tra autonomia patrimoniale ed osservanza degli oneri pubblicitari debba stabilirsi per analogia con le società di persone". Su questa linea G. MARASÀ, *Prime valutazioni sulla nuova normativa in materia di consorzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, 552 ss. Altri, invece, hanno sostenuto che "prima o in assenza dell'iscrizione, rispondono solidalmente ed illimitatamente delle obbligazioni assunte in nome del consorzio, oltre al fondo comune, coloro che hanno agito". Così G. CABRAS, *La nuova disciplina dei consorzi*, *Relazione*, in *Giur. Comm.*, 1978, I, 339.

⁸³ Il legislatore ha concesso alle parti che vogliano stipulare un contratto di consorzio grande autonomia contrattuale per i profili che hanno a che fare con la disciplina dell'assemblea e dell'organo comune. Sul punto, rileva G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di Diritto Commerciale*, cit., 109 che "ancor più ampio è lo spazio riservato all'autonomia privata per quanto riguarda l'organo direttivo".

Quest'ultimo disciplina anche i *quorum* deliberativi, poiché la legge detta espressamente solo due norme in materia, ovvero che le decisioni in merito all'oggetto del consorzio siano prese con il voto favorevole della maggioranza dei consorziati (articolo 2606 del c.c.), mentre per le deliberazioni che riguardano la modifica del contratto sociale è richiesta l'unanimità (articolo 2607 del c.c.). Sul punto, lo statuto del consorzio dovrà risolvere una questione delicata e cioè se le maggioranze vadano calcolate facendo riferimento all'ammontare delle quote dei partecipanti o per teste⁸⁴. L'opportunità di optare per una o per l'altra soluzione deve essere vagliata soprattutto guardando alla composizione del consorzio e alla omogeneità dimensionale dei soggetti aderenti.

Per quanto riguarda la seconda caratteristica tipica dei consorzi con attività esterna, ovvero la presenza del fondo consortile a garanzia dei soggetti che contraggono obbligazioni con il consorzio, la sua costituzione e funzionamento sono regolati dall'articolo 2614 del Codice Civile, che disciplina il fondo come un patrimonio autonomo, costituito dai contributi dei partecipanti e dai beni con essi acquistati, indivisibile per i consorziati e non aggredibile dai creditori particolari dei singoli aderenti per tutta la durata del consorzio. I terzi possono far valere le loro pretese solamente sul fondo consortile per le obbligazioni che vengono assunte da chi ha la rappresentanza in nome del consorzio. Viceversa, qualora esse siano assunte per conto dei singoli consorziati, essi ne rispondono in maniera solidale; nel caso in cui uno di essi sia insolvente, gli altri ripartiscono tra loro la perdita.

La disciplina sulla responsabilità del consorzio con attività esterna è stata notevolmente modificata in seguito alla riforma del 1976 che ha introdotto la limitazione della responsabilità per le obbligazioni poste in essere in nome e per conto del consorzio a rilevanza esterna. Secondo il testo normativo *ante* riforma, invece, coloro che agivano in nome e per conto del consorzio rispondevano con il loro patrimonio in maniera illimitata e solidale.

Per quanto riguarda le obbligazioni assunte da un organo consortile per conto di un partecipante, i terzi possono rivalersi sul fondo consortile e sui consorziati interessati che ne rispondono solidalmente. Se uno di questi è insolvente, la perdita si ripartisce sugli altri aderenti in proporzione alle loro quote.

6.2 La società consortile

Il consorzio e le società, sia esse lucrative o mutualistiche, sono forme associative differenti disciplinate dal legislatore per raggiungere fini non coincidenti⁸⁵.

⁸⁴ In merito alla disciplina delle delibere consortili v. F. DE MARCO, *In tema di consorzi, deliberazioni consortili e autonomia delle imprese*, in *Giur. Completa Cass. civ.*, 1953, VI, 257 ss.

⁸⁵ Sul rapporto tra forma societaria e causa consortile si rinvia a F. GALGANO, *La società per azioni*, cit., 19, nel quale l'autore ritiene che "un problema di compatibilità fra «forma» societaria e causa consortile si pone in conseguenza della clausola che attribuisce ai consorziati un diritto di fruire degli impianti consortili in proporzione alla propria quota di partecipazione al capitale. In una medesima società possono coesistere soci con un volume di utenza pressoché costante nel tempo, non interessati a nuovi investimenti e, perciò, ad aumenti di capitale, e altri soci, al contrario, il cui volume di utenza sia destinato ad accrescersi nel tempo, a misura che aumenta il volume dei propri affari. Di qui un possibile conflitto fra l'interesse di questi ultimi all'aumento del capitale sociale per nuovi investimenti nell'ampliamento e nel potenziamento degli impianti e,

La riforma del 1976 ha introdotto l'art. 2615 *ter* con l'obiettivo di perseguire gli scopi propri del consorzio mediante un contratto societario, la società consortile⁸⁶, che ha ad oggetto gli scopi indicati nell'articolo 2602 del Codice Civile, ovvero quelli tipici del consorzio⁸⁷.

Questa particolare figura - la cui forma è scelta dai singoli partecipanti e può consistere in quella di un qualsiasi tipo societario - è caratterizzata dalla coesistenza della causa lucrativa, tipica della società, con quella mutualistica presente nel consorzio⁸⁸, combinando in un unico ente alcuni degli elementi tipici del consorzio e della società commerciale⁸⁹.

La funzione di coordinamento può essere eseguita, in linea generale, da qualsiasi tipo societario eccetto quello della società semplice⁹⁰; tuttavia, ai fini della nostra analisi, occorre restringere il campo solamente agli schemi societari che si prestano alla costituzione di una aggregazione di imprese. A tal fine, le due società in accomandita⁹¹, in quanto maggiormente adatte all'esercizio di un'impresa e non alla fornitura di servizi a più società, non rientrano tra le modalità utilizzabili. Infatti, tali schemi conferiscono ad alcuni soci diritti e poteri diversi rispetto alla generalità degli stessi, creando così

per contro, l'interesse dei primi al mantenimento dello *status quo*. La «forma» della società di capitali implica che i soci detentori della maggioranza del capitale sono arbitri di procedere a tutti gli aumenti di capitale che desiderano. Gli altri soci, se vorranno mantenere inalterata la loro quota di partecipazione al capitale sociale, dovranno concorrere nell'aumento esercitando il diritto di opzione. Se non lo faranno, la loro quota si ridurrà; ma ciò, a rigore, non dovrebbe provocare una conseguente riduzione della possibilità di utilizzazione del servizio. Dobbiamo fare il caso che i nuovi investimenti in conto capitale siano effettuati dai soci di maggioranza per accrescere la capacità produttiva degli impianti al fine di soddisfare il proprio aumentato volume di affari (altri casi, come quello degli investimenti imposti dalla necessità di adeguare gli impianti a sopraggiunte prescrizioni legislative, non collocano maggioranza e minoranza in differenziate posizioni di interesse). Orbene, i nuovi investimenti (anche se vengono effettuati solo dai soci di maggioranza) determineranno l'effetto di accrescere, in proporzione alla loro entità, la capacità produttiva degli impianti. Perciò, il socio con il 10% del capitale sociale, che non sottoscriva, ad esempio, un aumento per raddoppio del capitale, vedrà dimezzarsi la sua quota di partecipazione al capitale, ma conserverà inalterata la misura della sua fruizione degli impianti consortili, essendosi raddoppiata la capacità produttiva di questi”.

⁸⁶ P. PERLINGIERI, *sub art. 2615-ter*, cit., ricostruisce il percorso che ha portato la dottrina ad accettare la legittimità della società consortile. Essa infatti, nella fase iniziale non era riconosciuta uniformemente, bensì ricondotta a tre differenti modelli. “V'era chi riteneva che la società-consorzio costituisse un'ipotesi di negozio indiretto e che pertanto fosse ad essa pienamente applicabile la normativa societaria, poiché il perseguimento di uno scopo indiretto di per sé non induce alcuna deviazione della disciplina giuridica del rapporto diretto, risolvendosi nella categoria dei motivi, irrilevanti sul piano motivato (su questa linea T. ASCARELLI, G. MINERVINI e G. GUGLIELMETTI). Altri sostenevano che si avesse un fenomeno di sovrapposizione di sostanza (quella del consorzio) alla forma (quella della società) con conseguente rilevanza causale dell'intento consortile: le norme specifiche dei consorzi, pertanto, avrebbero trovato applicazione nei rapporti fra i consorziati e fra questi e i terzi, la normativa societaria invece per ciò che concerne il funzionamento dell'organismo societario (sono di questa idea R. FRANCESCHELLI e G. FERRI). taluni infine, partendo dal presupposto che lo scopo di lucro non sia elemento costitutivo del contratto societario, ritenevano pienamente idoneo lo scopo consortile (G. ROMANO PAVONI)”.

⁸⁷ Secondo G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di Diritto Commerciale*, cit., 11 seg., “i consorzi e le società sono istituti diversi. La diversità è netta quando il consorzio svolge attività esclusivamente interna. Manca in tal caso l'*esercizio in comune di un'attività economica* (attività di impresa) da parte dei consorziati, che invece costituisce elemento essenziale delle società”. Di maggiore complessità invece sono le distinzioni tra società e consorzi a rilevanza esterna. I quali “presentano in comune, sia il normale carattere imprenditoriale dell'attività esercitata, sia il fine di realizzare attraverso tale attività un interesse economico dei partecipanti (*scopo egoistico*)”.

⁸⁸ Sulla società con finalità mutualistica v. per tutti A. BASSI, *Cooperazione e mutualità. Contributo allo studio della cooperazione di consumo*, Napoli, 1976.

⁸⁹ Nonostante la combinazione della causa mutualistica con lo scopo di lucro secondo F. GALGANO, *La società per azioni*, cit., 19, bisogna sempre tener presente che, al di fuori del modello fornito dall'art. 2615-*ter* c.c., non si possono costituire società di capitali senza scopo di lucro. Infatti, l'autore ritiene che “tra l'art. 2247 e l'art. 2615-*ter* c'è un rapporto di regola ed eccezione”.

⁹⁰ Per un commento alla società consortile v. P. PERLINGIERI, art. 2615-*ter*, cit.

⁹¹ Ci si riferisce alle Società in accomandita semplice - s.a.s. e alle società in accomandita per azioni - S.a.p.a.

squilibri tra le posizioni giuridiche dei vari soci, che potrebbero tramutarsi in vantaggi competitivi a favore di alcune delle imprese consorziate. Parimenti inadatta è la società in nome collettivo che, in quanto società di persone, presenta tutti i difetti tipici di queste società. Resta, dunque, più appropriato orientarsi verso gli schemi tipici delle società di capitali, in cui spiccano prepotentemente quelle a responsabilità limitata e quelle per azioni, le cui discipline sembrerebbero maggiormente in grado di regolare il fenomeno del coordinamento e dell'aggregazionismo⁹².

Il problema della disciplina applicabile alla società consortile⁹³ non si risolve solamente scegliendo quale schema societario adoperare. Infatti, in dottrina c'è chi parla di sovrapposizione della sostanza del consorzio alla forma della società con conseguente applicabilità della disciplina societaria per gli aspetti inerenti la forma della società consortile e di quella consortile per quegli aspetti che attengono alla sostanza dell'ente e alla sua funzione. Nello specifico, ciò comporterebbe l'applicabilità della disciplina dello schema societario prescelto per regolare il funzionamento degli organi sociali, mentre per regolare i rapporti fra i consorziati e con i terzi si applicherebbero le norme previste per i consorzi.

Tuttavia, secondo altra parte della dottrina, la commistione tra disciplina societaria e consortile non troverebbe fondamento giuridico e sistematico nel nostro ordinamento e renderebbe molto incerta la disciplina applicabile alla società consortile, dato che il confine tra norme afferenti la forma e quelle afferenti la sostanza è molto labile. Alle società consortili dovrebbe, dunque, essere integralmente applicata la disciplina dello schema societario prescelto, mentre le finalità consortili troverebbero eventualmente spazio nello statuto sociale a opera di inserimenti lasciati all'autonomia privata.

A voler tentare una sintesi, si può affermare che le società consortili rientrano nella categoria delle società e come tali devono essere disciplinate. Le esigenze di tutela dei terzi che entrano in affari con la società consortile inducono a ritenere che questi ultimi possano fare affidamento sull'organizzazione tipica societaria adottata anche in considerazione del fatto che l'oggetto peculiare della società consortile in genere non emerge chiaramente.

Infine, la scelta compiuta dai soci fondatori di non optare per lo schema del consorzio a favore di quello della società consortile non può essere vanificata adoperando per quest'ultima quelle norme la cui applicazione era stata ritenuta non idonea per i fini desiderati dai fondatori. La decisione di costituire una società consortile comporta la formazione di un ente che non persegue esclusivamente lo scopo consortile, ossia quello mutualistico, ma che possa orientarsi anche verso quello tipico di una società: il lucro⁹⁴.

⁹² Sugli ultimi sviluppi giurisprudenziali in tema di società consortile, v. F. CASALE, *Le società consortili tra diritto comune, diritto speciale e salutarî ripensamenti della Cassazione*, in *La nuova giurisprudenza commentata*, 2005, II, 1, 363 ss.; e M. SARALE, *La posizione della Cassazione sulla disciplina delle società consortili: i limiti della rilevanza causale sulla forma societaria*, in *Giur. Comm.*, 2005, II, 396 ss.

⁹³ In merito alla società consortile v. F. GALGANO, *La società per azioni*, cit., 18 ss.

⁹⁴ Sullo scopo lucrativo delle società cfr. F. DI SABATO, *Diritto delle società*, cit., 3, che sostiene come "lo scopo di lucro si è andato affievolendo nel suo valore tipizzante per degradare più semplicemente verso la sufficienza di uno scopo meramente egoistico" e per quanto concerne la finalità lucrativa nelle imprese pubbliche G. ROSSI, *Impresa pubblica e riforma della società per*

Proprio questa duplice natura della società consortile potrebbe rendere tale istituto giuridico più adatto a costituire la forma giuridica per il coordinamento tra imprese, rispetto al semplice consorzio. Infatti, in queste società, la gestione e le politiche di fornitura dei servizi possono variare in funzione della caratteristica del soggetto con cui la società consortile si rapporta. Se, fino a quando continuerà a svolgere la propria attività verso i soci, la società consortile dovrà comportarsi come un consorzio, non puntando a perseguire utili ma restando fedele allo scopo mutualistico e cercando di far conseguire ai propri soci un vantaggio direttamente nella loro sfera patrimoniale, nulla vieta a tali società, quando operano nei confronti di soggetti che non sono soci, di accrescere anche la propria sfera patrimoniale, puntando al perseguimento di utili. La principale differenza tra consorzio e società consortile è dunque che per quest'ultima non si dovrà obbligatoriamente parlare di risparmi di spesa e di avanzi di gestione, ma si potrà anche ragionare in termini di utili. Inoltre, la capacità di produrre utili e di autofinanziarsi comporta un notevole aumento dell'efficienza della struttura, specie per quanto riguarda la fornitura di servizi, permettendole di competere sui mercati internazionali, poiché la sua azione non è limitata esclusivamente nei confronti dei soci. In sintesi, lo schema della società consortile preserva lo scopo mutualistico e i vantaggi da esso derivanti nella fornitura dei servizi nei confronti dei soci aderenti, aumentando la competitività dei singoli aderenti.

Pur potendo perseguire lo scopo di produrre utili, comunque, non vi è una totale adesione alla disciplina societaria, dovendosi registrare più di un condizionamento dettato dal permanere di influssi consortili nella causa di questo tipo di società⁹⁵. Per esempio, mentre normalmente per le società classiche non è possibile richiedere ai soci ulteriori versamenti rispetto a quelli effettuati in sede di conferimento, in quella consortile il versamento di contributi da parte dei soci può essere previsto nell'atto costitutivo, anche in epoche successive alla costituzione e per tutta la durata. Questa regola è uno degli aspetti della disciplina dei consorzi che trova spazio anche in quella dettata per la società consortile e l'eventuale inserimento di una siffatta clausola nello statuto di quest'ultima permetterebbe all'aggregazione di poter eventualmente "pensare in grande", rendendola astrattamente capace anche di fare investimenti ingenti al fine di seguire l'evoluzione dei mercati.

Tuttavia, pur rimanendo consigliata, l'obbligatorietà dei contributi dei soci può essere evitata, al fine di favorire una più ampia adesione all'ente di coordinamento⁹⁶. Il funzionamento della società può,

azioni, in *Riv. soc.*, 1971, 292 ss. G. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, cit., 155 definisce la fungibilità dello schema societario per gli scopi mutualistici e consortili come una "progressiva decolorazione" dello scopo sociale. Lo stesso autore continua affermando che "anche per la causa del contratto di società può dirsi essere avvenuto un fenomeno di "fading" cioè di appassimento della causa lucrativa, perché essa può venire sostituita in concreto da una finalità diversa, nell'interno della medesima struttura tipica societaria desiderata. In questo senso si può dunque parlare di una sorta di neutralità della struttura, cioè di una struttura destinata ad essere riempita sì da una finalità concreta, ma non necessariamente da uno scopo lucrativo tecnicamente inteso". Sul punto anche F. GALGANO, *L'imprenditore*, Bologna, 1970; M. LEO, *Sviluppo economico ed evoluzione di forme giuridiche: il caso della banca rurale*, in *Riv. soc.*, 1972, 595 ss.

⁹⁵ G. CAPURSO, *I consorzi e le società consortili dopo le modifiche della legge 10 maggio 1976*, n. 377, in *Giur. comm.*, 1981, I, 339 ss.

⁹⁶ Sul punto cfr. B.F. STUFLER, *Obblighi e contributi nei consorzi e nelle società consortili: profili societari e fallimentari*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 6, 2004, 1283 ss.

infatti, essere garantito anche attraverso altre forme di finanziamento come il pagamento totale o parziale da parte dei soci del prezzo per i servizi loro prestati o attraverso la partecipazione ai profitti per le vendite effettuate tramite la società consortile: tutte possibilità che contribuiscono a rendere questo istituto uno strumento a geometria variabile e che lo rendono in grado di adattarsi a moltissime delle situazioni distrettuali in essere.

Al fine di adeguarsi alla causa mista, la disciplina delle società consortili subisce anche altre forme di condizionamento rispetto alla disciplina societaria. Ai nostri fini, di particolare interesse sono le considerazioni che possono essere fatte in materia di adesione e recesso dalla società consortile⁹⁷. In quest'ultima, infatti, a differenza di quanto avviene di regola nelle società commerciali, le qualità soggettive dei soci sono fondamentali e normalmente occorre possedere determinati requisiti professionali che sono indefettibili per poter svolgere l'attività comune e per permettere alla società consortile di operare. Occorrerà, quindi, inserire speciali clausole nello statuto per consentire la selezione dei futuri soci e stabilire subito i requisiti per l'ammissione, al fine di evitare che la presenza di una clausola di mero gradimento possa tramutarsi in un'arma anticoncorrenziale in mano a eventuali soggetti che volessero impedire a imprese concorrenti di sfruttare i vantaggi legati alla presenza di un'organizzazione comune⁹⁸.

Lo stesso discorso e le stesse considerazioni possono essere fatte per l'esclusione del socio e il suo recesso. La perdita dei requisiti fondamentali richiesti dallo statuto non potrà che comportare l'esclusione del socio, dato che non sussisterà più l'interesse e la giustificazione che legittimano la sua partecipazione a una struttura comune. Da questo punto di vista ci sono conseguenze non trascurabili sotto il profilo patrimoniale e della stabilità dell'organizzazione, dato che il recesso e l'esclusione del socio faranno sorgere la necessità di liquidare la quota del socio escluso o recedente. Tuttavia, le conseguenze negative, connesse a questo aspetto dell'istituto *de quo*, potranno essere temperate sia attraverso il meccanismo dei contributi obbligatori, sia attraverso altri tipi di clausole, come quella che, in caso di recesso o di esclusione del socio, fa sorgere l'obbligo a carico dei soci rimasti di acquistare la quota del socio uscente.

Per lungo tempo la dottrina si è interrogata sulla possibilità di adottare in questo tipo di società la regola del voto per teste in luogo di quella del voto per quote, in ragione della presunta derogabilità della regola del voto per quote, qualora la Srl o la Spa abbiano scopo consortile invece che lucrativo. La giurisprudenza ha però negato tale ipotesi, ribadendo anche per le società consortili l'inderogabilità delle misure che prevedono il criterio del voto per quote. Tuttavia, data la duplice natura della società consortile, che può presentarsi sia per realizzare un interesse di gruppo sia come una specie di associazione di categoria, potrà essere valutata caso per caso l'opportunità di inserire nello statuto

⁹⁷ In riferimento agli aspetti del recesso nella società consortile v. E. BRESSAN, *Le modalità di rimborso del socio receduto da società consortile*, in *Giur. Comm.*, 1999, II, 33 ss.

⁹⁸ Sul punto, L. DE ANGELIS, *Società consortili in forma di cooperative*, in *Società*, 1991, 67 ss.

un'apposita clausola che impedisca a ciascun socio di sottoscrivere più di una frazione predeterminata del capitale sociale.

Per quanto riguarda la ripartizione degli utili, le società consortili possono anche conseguire utili, senza che ciò tradisca il loro scopo consortile. Tuttavia, potrebbe essere vagliato l'inserimento nello statuto di una clausola che impedisca la redistribuzione di eventuali profitti, secondo lo schema classico della proporzionalità rispetto alla quota di capitale conferita, ma sotto forma di ristorni, proporzionandone l'ammontare al valore delle operazioni svolte tra la società e i soci.

Circa la struttura organizzativa della società consortile risulta difficile suggerire un modello perfetto di *corporate governance*. Fermo restando che occorrerà valutare caso per caso, prendendo in considerazione tutti gli aspetti peculiari e gli obiettivi della società, si può comunque affermare che il modello dualistico, caratterizzato dalla presenza di un duplice organo amministrativo, può essere ritenuto astrattamente il modello di *governance* più adatto poiché non preclude la partecipazione degli aderenti agli organi sociali. In quest'ottica, nel consiglio di gestione potrebbero confluire amministratori-tecnici terzi rispetto ai soci, con elevate competenze in materia di gestione di fenomeni complessi come le realtà distrettuali e nel consiglio di sorveglianza potrebbero trovare posto i rappresentanti diretti dei soci.

Tuttavia, resta fortemente consigliata la creazione di nuovi organi sociali da aggiungere a quelli tipici, come può essere un *advisory board* formato da esperti, espressioni anche dei centri di sapere locali (Università, istituti di ricerca ecc.), a cui demandare il compito di rilasciare pareri in ordine alle scelte strategiche da adottare. Un comitato tecnico può essere anche la sede in cui possono trovare spazio i rappresentanti delle imprese che danno vita al "lavoro in comune" qualora si opti per il modello di amministrazione monastico o per quello tradizionale, e qualora si decida di affidare la gestione della società consortile ad amministratori esterni.

Infine, in tale ottica, non va sottovalutata una delle caratteristiche che distingue la società consortile dal consorzio: la possibilità di costituire enti a capitale misto pubblico e privato con la partecipazione anche di soci non imprenditori, la cui presenza sia ritenuta strumentale alla realizzazione delle finalità consortili. Infatti, a differenza di quanto avviene nei consorzi, che devono essere costituiti esclusivamente da imprenditori e in cui la partecipazione di soggetti diversi è consentita solo ove prevista da leggi speciali, nelle società consortili possono trovare spazio come soci anche soggetti privi del requisito della imprenditorialità, come possono essere le Università, le associazioni di categoria e gli enti locali, la cui presenza nella comune sociale e negli organi di governo dell'ente di vertice del distretto non può che essere vista in maniera positiva. Inoltre, con la riforma societaria si è anche risolto il problema della conferibilità della sola opera intellettuale, prevedendo una sua esplicita ammissione nei documenti sociali e la possibilità di attribuire partecipazioni non proporzionali al conferimento.

6.3. Il Gruppo europeo di interesse economico - GEIE

La cooperazione economica tra imprese appartenenti a diversi Stati membri della comunità europea si può attuare mediante il Gruppo europeo di interesse economico - GEIE⁹⁹. Quest'ultimo è un istituto giuridico predisposto dall'Unione Europea per favorire la cooperazione tra imprese con sede in Stati membri differenti, grazie ad uno strumento che sia disciplinato uniformemente in tutti i ventotto Paesi europei. La sua disciplina è fissata dal reg. 85/2137/CEE¹⁰⁰, direttamente applicabile in ogni Paese che in Italia è integrato dal d. lgs. 240/1991¹⁰¹ per i gruppi aventi sede legale in Italia. Il GEIE deve essere iscritto nel registro delle imprese, la sua natura si avvicina in gran parte a quella dei consorzi di cooperazione con attività esterna, da cui deriva la sua struttura, ma con la presenza di alcuni elementi di differenza. Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, a differenza dei consorzi che possono essere stipulati esclusivamente da imprenditori, il GEIE, ai sensi dell'art. 4 del reg., può essere costituito anche dai liberi professionisti. I partecipanti devono, inoltre, appartenere ad almeno due Stati membri poiché il GEIE non può essere adoperato per la mera collaborazione nazionale. Esso ha lo scopo di agevolare e sviluppare l'attività economica dei suoi aderenti e ha funzione ausiliaria. Pertanto, pur avendo "la capacità, a proprio nome, di essere titolare di diritti e obbligazioni di qualsiasi natura" e la capacità processuale, ai sensi dell'art. 1 del regolamento, non ha secondo l'art. 3 del reg. lo scopo di realizzare profitti per se stesso. Quelli conseguiti sono considerati direttamente profitti degli aderenti e sono tra loro ripartiti secondo le regole stabilite nel contratto o se nulla vi si dice, in parti uguali. Nella stessa modalità sono ripartite le perdite. La particolarità non sembra incidere sulla soggettività del GEIE intesa come centro autonomo di imputazione di situazioni giuridiche distinto dai suoi membri. Per quanto concerne l'organizzazione interna, essa è rimessa quasi completamente all'autonomia negoziale, ma sono previsti un organo amministrativo ed uno collegiale; quest'ultimo è composto da ogni singolo componente, nel quale ad ognuno spetta un unico voto. Le decisioni sono prese a maggioranza a meno che esse non rientrino in quelle fissate all'art. 17 del reg. per le quali è richiesto il voto all'unanimità. Nell'ipotesi che il contratto preveda il voto plurimo, esso non può da solo costituire la maggioranza. Amministratore può essere anche, ai sensi dell'art. 5 del d. lgs. 240/1991, una persona giuridica, che esercita le funzioni mediante una persona fisica sua rappresentante. Per quanto riguarda il regime patrimoniale¹⁰², i partecipanti rispondono solidalmente ed illimitatamente in maniera sussidiaria al GEIE. Tale ultimo aspetto significa che i creditori devono rivolgersi al GEIE e solamente previa mancanza di pagamento entro un congruo tempo, i creditori possono rivolgersi ai singoli aderenti.

⁹⁹ Sul GEIE e sulle differenze con gli altri istituti di collaborazione v. G.A. TEDESCHI, *Consorzi Riunioni temporanee Geie*, Milano, 2001.

¹⁰⁰ Regolamento (CEE) n. 2137/85 del Consiglio del 25 luglio 1985 recante "l'istituzione di un gruppo europeo di interesse economico (GEIE)", in G. U. n. 199 del 31 luglio 1985.

¹⁰¹ Decreto Legislativo del 23 luglio 1991, n. 240 recante "Norme per l'applicazione del regolamento n. 85/2137/CEE relativo all'istituzione di un Gruppo europeo di interesse economico - GEIE, ai sensi dell'art. 17 della legge 29 dicembre 1990, n. 428, in G.U. n. 182 del 5 agosto 1991.

¹⁰² Sul profilo della responsabilità patrimoniale si rinvia a G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di Diritto Commerciale*, cit., 116 seg.

Non vi è, dunque, nessuna previsione di limitazione della responsabilità - come invece accade nei consorzi a rilevanza esterna - dal quale si distingue anche per lo stesso trattamento concesso alle obbligazioni contratte nell'interesse comune e a quelle contratte nell'interesse del singolo partecipante, che invece sono distinte nei consorzi¹⁰³. In caso di nuovi ingressi, tali soggetti rispondono anche per le obbligazioni sorte in momenti precedenti al loro ingresso, a meno che non ci sia un patto contrario e che esso sia stato adeguatamente pubblicizzato. Lo stesso vale per coloro i quali decidano di uscire, sia per recesso, sia per esclusione, infatti essi continuano a rispondere delle obbligazioni precedenti alla loro uscita. Il GEIE in qualità di imprenditore commerciale è sottoposto alla disciplina del fallimento posta all'art. 9 del d. lgs. 240/1991. In tal caso, tuttavia, i singoli partecipanti non falliscono automaticamente, sebbene responsabili illimitatamente.

6.4 Il contratto di subfornitura

Le relazioni di fornitura, regolate genericamente dalla legge 192/1998, sono tra le modalità più diffuse per la costituzione e il governo delle collaborazioni tra imprese¹⁰⁴. Il ricorso a questo strumento consente, infatti, da un lato, di dare risposta alle esigenze di decentramento delle fasi non strategiche che possono essere svolte a costi minori e con maggior qualità da fornitori specializzati, e, dall'altro lato di realizzare forme di controllo sulla qualità dei prodotti e dei servizi forniti e di porre in essere meccanismi atti a indirizzare le produzioni delle imprese fornitrici (per esempio, standardizzazione delle caratteristiche tecniche dei prodotti; regole di comportamento che presidono alla fornitura dei servizi), con i problemi di abuso di dipendenza economica che ne derivano¹⁰⁵. In sostanza, tale schema contrattuale è volto a disciplinare l'uso congiunto del *know-how* del committente e del fornitore¹⁰⁶.

¹⁰³ Tale aspetto risulta in dottrina controverso e secondo alcuni G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di Diritto Commerciale*, cit., 116, "comporta un serio ostacolo alla diffusione dell'istituto".

¹⁰⁴ Sulla Subfornitura v. AA.VV., *La subfornitura*, Milano, 1999; AA.VV., *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V. CUFFARO, Napoli, 1998; AA.VV., *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n.192 del 1998*, a cura di P. SPOSATO e M. COCCIA, Torino, 1999; F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, Padova, 1999; AA.VV., *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, a cura di N. LIPARI, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1, 2000; R. CASO e R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori*, in *Riv. dir. priv.*, 712 ss.; A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge n.192/98: problemi di diritto sostanziale*, in *Contratti*, 188 ss.; G. DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 451 ss.; G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, Milano, 1999, 121 ss.; F. PADOVINI, *La nuova disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Studium iuris*, 1999, 5 ss.; R. LECCESE, voce *Subfornitura*, in *Dig. it.*, XV, Torino, 1998, 241 ss.; L. PRATI e A. CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, Milano, 1999; A. MARIANI, *Note in tema di subfornitura nelle attività produttive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 115 ss.; G. IUDICA, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive (commento alla l. 18 giugno 1998 n. 192)*, in *Contratti*, 1998, 409 ss.; G. GIOIA, *La subfornitura nelle attività produttive (commento alla l. 18 giugno 1998 n. 192)*, in *Corriere giur.*, 1998, 880 ss.; L. PUDDU, *Le lavorazioni per conto di terzi nel nuovo regime della subfornitura nelle attività produttive*, in *Impresa*, 1998, 1499 ss.; G. CERIDONO, *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *commentario alla Legge 18 giugno 1998 n. 192*, a cura di N. LIPARI, in *Le nuove leggi commentate*, I-II, 2000, 429 ss.; A. DE NICOLA e L. COLOMBO, *La subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 1998.; D. MANTUCCI, *Profili del contratto di subfornitura*, Napoli, 2004.; P. SPOSATO e L. GIORDANI, *Il contratto di subfornitura industriale*, in *Diritto e Pratica commerciale*, 1998, 1042 ss.

¹⁰⁵ Sull'abuso di dipendenza economica v. per tutti R. NATOLI, *Abuso di dipendenza economica*, in *Dig. comm.*, Torino, 2003, 1 ss. In particolare nella subfornitura cfr. A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica, profili generali*, in AA.VV. *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V. CUFFARO, Napoli, 1998, 297 ss.; R. CASO, *Subfornitura industriale: analisi giuseconomica delle situazioni di disparità di potere contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 243 ss.; L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 833 ss.; A. MAZIOTTI DI CELSO, *Abuso di dipendenza economica*, in *La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998, n.192* a cura di G.

In contrapposizione alle reti di impresa, il contratto di subfornitura - introdotto per regolare gli aspetti commerciali del rapporto impresa-fornitori e non per stipulare e disciplinare collaborazioni tra imprese - presenta evidenti limitazioni per la finalità di costituire una forma di coordinamento e di titolarità della personalità giuridica dei distretti industriali. Anzitutto, la normativa non prevede la costituzione di un'entità che possa diventare centro d'imputazione di rapporti giuridici. Inoltre, tale figura contrattuale si adatta molto bene solamente a determinate collaborazioni, ovvero, quelle di tipo gerarchico, che abbiano come principale necessità il coordinamento produttivo. Il fenomeno, tuttavia, risponde a tutte le necessità derivanti dalla presenza di una molteplicità di imprese gerarchicamente ordinate allo stesso livello della filiera produttiva. In sostanza, come risulta dalla disciplina della subfornitura, questo modello di aggregazionismo non costituisce un valido schema applicabile alla nuova concezione e alla nuova funzione delle reti che sta emergendo sul piano economico e legislativo.

6.5 Altre tipologie di contratti di collaborazione tra imprese privi di organizzazione

L'analisi dei meccanismi di governo delle reti basati sui collegamenti negoziali tra imprese in seguito all'utilizzo del contratto di mandato ai fini di coordinamento, dimostrano come l'istituto "contratto" sia in grado di dar vita a forme stabili di coordinamento tra imprese, realizzando una buona sintesi tra autonomia e interdipendenza, che è alla base di ogni rete d'imprese.

Oltre alla tipologia contrattuale della subfornitura, esistono ulteriori strumenti giuridici utilizzati per coordinare l'attività di più imprese, ma che non danno luogo ad un'entità a sé stante e giuridicamente autonoma dalle imprese che la costituiscono. Alcuni di essi hanno la capacità di realizzare forme di direzione e coordinamento tra più imprese, senza dar vita a nuovi soggetti o necessariamente a rapporti di natura negoziale.

In questa categoria possono essere ricondotte figure come i cosiddetti *interlocking directorate* (che prevedono incroci e scambi a livello di membri degli organi di controllo), le partecipazioni reciproche tra imprese e i patti parasociali diretti a stabilizzare gli assetti proprietari e a consolidare le posizioni dei soci. Altro strumento di coordinamento interaziendale che, tuttavia, non si è mai sviluppato realmente nel nostro Paese, giacché il mercato italiano non è ancora pronto a una simile innovazione, è il *venture capital*, che può essere fatto rientrare tra le forme di cooperazione tra imprese, poiché il *venture capitalist* collabora fattivamente al raggiungimento del risultato voluto, esercitando i poteri amministrativi e di

ALPA e A. CLARIZIA, Milano, 1999.; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 639 ss.; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002.

¹⁰⁶ Dalla subfornitura è possibile evincere una situazione di dipendenza di un'impresa rispetto ad un'altra. Sul punto v. C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 2000, 400 in cui l'eminente studioso afferma "La subordinazione si coglie in ciò, che l'attività del subfornitore si conforma alle specifiche esigenze del committente ed è quindi suscettibile di essere immessa nel mercato della concorrenza. Il subfornitore che organizza la propria attività in funzione della lavorazione dei semilavorati del committente o della sua materia prima ovvero della fornitura di beni e servizi conformi ai progetti esecutivi o alle istruzioni tecniche del committente, è condizionato alla domanda di quest'ultimo nonché al rapporto istaurato, in suscettibile di essere rimpiazzato mediante la cessione delle prestazioni a terzi"

controllo che si è riservato e, in genere, fornendo consulenza di natura gestionale e commerciale all'impresa partecipata.

La stessa caratteristica è rinvenibile anche nelle associazioni temporanee di imprese, pensate principalmente per partecipare agli appalti, ma che possono essere usate anche per la realizzazione di un progetto di maggiore complessità. A differenza delle reti, le ATI sono costituite per realizzare progetti specifici e di durata temporale limitata e vincolata al progetto che le imprese vanno a realizzare. Le ATI sono, quindi, focalizzate esclusivamente sul progetto previsto dal contratto mentre il coordinamento tra le imprese non riguarda le altre attività d'impresa.

I partecipanti possono decidere di dare inizio ad una collaborazione, quando vogliono partecipare ad un bando pubblico, per il quale non hanno i mezzi finanziari o tecnico-produttivi adeguati per poter partecipare singolarmente. Ciò è previsto dalla normativa sugli appalti pubblici e precisamente agli artt. 34 e 37 del d. lgs. 163/2006¹⁰⁷, che contiene la previsione secondo la quale la capogruppo, in veste di mandataria speciale, con rappresentanza esclusiva anche processuale, fino all'estinzione di ogni rapporto, è ammessa a formulare un'unica offerta in nome e per conto proprio delle altre imprese riunite. Tali raggruppamenti di imprese avviano all'assenza di un'organizzazione propria, giuridicamente rilevante all'esterno, attraverso il conferimento da parte delle imprese dell'associazione di un mandato speciale con rappresentanza alla capogruppo, senza dar vita a organizzazioni comuni fra i soggetti riuniti che conservano autonomia gestionale, ai fini degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali. La mancanza di una struttura organizzativa comporta il rischio di essere equiparate dalla giurisprudenza alle società di fatto e ne rende complessa la gestione. Per tali considerazioni, l'art. 93 del d.P.R. n. 207 del 2010¹⁰⁸ (che ha sostituito l'art. 96 del d.P.R. n. 554 del 1999¹⁰⁹) ha stabilito che le imprese aggregate in una ATI possono costituire ai sensi dell'art. 2615 ter c.c. una società consortile per l'esecuzione anche parziale dei lavori. Per quanto riguarda l'aspetto della responsabilità patrimoniale, le imprese rispondono nei confronti del committente per l'intera opera solidalmente. Se invece la responsabile verso il committente per l'intera opera è la sola capogruppo poiché nel bando di gara si indicano le parti scorporabili dal manufatto definitivo, mentre le altre imprese rispondono esclusivamente per la loro parte di competenza, in solido con la capogruppo. Tuttavia, anche tutte queste forme di coordinamento, a causa dell'assenza di un'entità soggettivizzata, della loro forte invasività e della peculiarità dell'assetto proprietario tipico delle piccole e medie imprese italiane (la cui stragrande

¹⁰⁷ Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163 recante “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE”, in G.U. n. 100 del 2 maggio 2006, Suppl. Ordinario n. 107.

¹⁰⁸ Decreto del Presidente della Repubblica del 5 ottobre 2010, n. 207, dal titolo *Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»*, in G.U. n. 288 del 10 dicembre 2010, Suppl. Ordinario n. 270, che ha abrogato il d.P.R. n. 554 del 1999.

¹⁰⁹ Decreto del Presidente della Repubblica del 21 dicembre 1999, n. 554, recante “Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni”, in G.U. n. 98 del 28 aprile 2000, Suppl. Ordinario n. 66.

maggioranza è riconducibile alla figura dell'impresa familiare), non sembrano adattarsi perfettamente alle nuove sfide che pone la realtà delle reti di impresa¹¹⁰.

Tra tali modalità collaborative¹¹¹, rientra anche una figura ibrida¹¹², a metà tra modelli contrattuali e organizzativi la cd. *joint venture* che costituisce una figura negoziale associativa derivante dal sistema anglo-americano¹¹³, che si sta sempre più sviluppando nel nostro sistema produttivo¹¹⁴, sebbene essa non trovi preciso riconoscimento nel nostro ordinamento giuridico, da cui spesso viene equiparata ad una società di fatto¹¹⁵, a causa del principio di tipicità in materia di diritto societario già approfondita dettagliatamente in precedenza. La *joint venture* è un contratto mediante il quale “più imprese collaborano per l'esecuzione di un affare di interesse comune, limitato o no nel tempo¹¹⁶”, con il quale le parti danno vita ad una forma di integrazione tra imprese che mira allo svolgimento in comune di un affare. Nonostante le forti similitudini con il consorzio, la cui riforma del 1976 ha ulteriormente avvicinato le due figure, il contratto di *joint venture* rimane un contratto atipico che mutua parte della disciplina da quella consortile. In materia di responsabilità patrimoniale, la disciplina differisce da quella consortile poiché le parti rispondono per le obbligazioni assunte nell'esercizio della propria attività e non in maniera solidale. Colui che agisce verso l'esterno, dunque, si configura come mandatario¹¹⁷.

Caratteristica distintiva di questa figura è la costituzione di una cooperazione stabile tra imprese con la creazione di una qualche forma di organizzazione comune¹¹⁸. Essa è una figura ibrida, poiché può rimanere sul mero piano contrattuale costituendo la *contractual joint venture* oppure dar vita a una società comune la cd. *corporate joint venture*. Quest'ultima rappresenta una forma organizzativa più stabile, mentre la prima, non dando luogo a nessun ente in comune, risulta più flessibile e non è dotata di soggettività giuridica¹¹⁹. Per quanto concerne il profilo della responsabilità, mentre in quella contrattuale rispondono i soci in maniera personale ed illimitata, in quella strutturata l'evoluzione dei modelli di *joint venture*

¹¹⁰ In materia di forme di cooperazione tra imprese ed in particolar modo sulle associazioni temporanee di imprese, cfr. P. PERLINGIERI, *Manuale di Diritto Civile*, cit., 992.

¹¹¹ La disciplina delle *joint venture* - collegamenti temporanei tra imprese differisce da quella dei consorzi per la stabilità della struttura consortile rispetto a quella di durata limitata che caratterizza la *joint venture* ma anche per altri aspetti quali la formalità relativa alla costituzione e alla pubblicità ed in merito al regime di responsabilità. Sul punto v. M. FRATTINI, *Brevi note sull'eventuale ricorso al “consorzio con attività esterna” come possibile strumento pratico d'attuazione del “raggruppamento temporaneo di imprese” per l'assunzione di unico appalto*, in *Arbitr. e Appalti*, 4, 1970, 466 ss.

¹¹² Sul modello della *joint venture* v. G.A. FERRETTI, *Le “associazioni temporanee di imprese”*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, I, 349 ss.

¹¹³ Tale figura giuridica in dottrina è stata ricondotta al modello della società di persone occasionale e all'associazione in partecipazione, sul punto v. I. UBERTI-BONA, *Associazioni in partecipazione*, in *Enc. dir.*, 1958, Milano, 851 ss.; o al contratto atipico a carattere associativo v. G. AULETTA e N. SALANITRO, *Diritto commerciale*, cit., 873 ss.

¹¹⁴ Sulla diffusione del modello contrattuale delle *joint venture* in Italia, D. BONVICINI, *Le “joint ventures”: tecnica giuridica e prassi societaria*, Milano, 1977.

¹¹⁵ Per uno spunto giurisprudenziale su questo punto v. Cass. n. 6757 del 2001.

¹¹⁶ In questi termini, P. PERLINGIERI, *Sub art. 2602*, cit., 750.

¹¹⁷ Su tal punto v. A. ASTOLFI, *Il contratto di “joint venture”*, Milano, 1981, 337, secondo il quale la *joint venture* “è una figura contrattuale indirettamente disciplinata dal legislatore e che, per esigenze classificatorie, può essere ricondotta alla categoria dei contratti plurilaterali e normativi”.

¹¹⁸ In riferimento alle *joint-venture* ed in particolare ai progetti industriali che nascono da tali contratti, si segnalano in giurisprudenza le sentenze della Cassazione 1465 e 3584 del 2009.

¹¹⁹ Sul punto, cfr. P. PERLINGIERI, *Manuale di Diritto Civile*, cit., 827.

hanno portato alla joint venture corporation che altro non è che una società di capitali¹²⁰. Nell'ottica collaborativa, il ricorso ad accordi di *joint venture* trova applicazione soprattutto in quei casi in cui le imprese partecipanti intendano operare e relazionarsi in maniera strategica e duratura con realtà straniere, specie con riguardo alle economie emergenti non ancora totalmente aperte al mercato internazionale nelle quali è sicuramente più semplice operare appoggiandosi a *partner* locali. Tale modalità aggregativa nella cooperazione internazionale è incentivata dal legislatore che mediante l'art. 27 della legge 125/2014¹²¹ (che ha sostituito la disciplina contenuta nell'art. 7 della legge 49/1987¹²²) favorisce la costituzione di *joint venture* mediante la concessione di benefici fiscali e crediti agevolati. A causa dei problemi di riconoscimento nel nostro ordinamento tale tipologia contrattuale non ha ancora acquisito uno schema negoziale definito, ma rappresenta ancora un fenomeno in evoluzione.

7. Il contratto di rete come strumento giuridico di tutela per le Pmi

Il termine rete identifica l'insieme di relazioni contrattuali tra imprese autonome tra loro, le quali agiscono, rispettando un programma comune predeterminato. Nelle intenzioni del legislatore, la rete costituisce uno dei modelli negoziali che assolvono la funzione di coordinamento delle attività delle imprese che vi partecipano¹²³.

L'introduzione di un ulteriore strumento giuridico che faciliti la collaborazione tra i singoli partecipanti e soprattutto lo svolgimento in comune delle attività d'impresa rappresentano il fine che ha spinto il legislatore ad introdurre tale nuova figura di aggregazione¹²⁴. Questo scopo, infatti, piuttosto che essere solamente protettivo - come accaduto ad esempio per la disciplina del franchising e della subfornitura - è anche promozionale, ovvero, mediante la stipula del contratto di rete, il legislatore mira a far aumentare la competitività e migliorare l'innovatività delle imprese soprattutto quelle di piccole dimensione per renderle in grado di affrontare la concorrenza nell'idea che il mercato non sia caratterizzato da attori della stessa rilevanza, poiché le grandi imprese hanno una posizione di forza che le rende *leader* rispetto alle realtà minori¹²⁵.

¹²⁰ Sull'evoluzione di tale modello di *joint venture* si rinvia a P. PERLINGIERI, *Manuale di Diritto Civile*, cit., 827.

¹²¹ Legge dell'11 agosto 2014, n. 125, recante "*Disciplina generale sulla cooperazione internazionale per lo sviluppo*", in G.U. n. 199 del 28 ottobre 2014, che ha abrogato all'art. 31 la l. 49/1987.

¹²² Legge del 26 febbraio 1987, n. 49 recante "*Nuova disciplina della cooperazione dell'Italia con i Paesi in via di sviluppo*", in G.U. n. 49 del 28 febbraio 1987, Suppl. Ord..

¹²³ In tal senso cfr. I. ALVINO, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, 10 ss.

¹²⁴ Successivamente all'introduzione della normativa, autorevole dottrina aveva dibattuto circa l'utilità e l'esigenza della previsione di una nuova modalità aggregativa nell'ordinamento che già dispone di diversi modelli riconosciuti anche in giurisprudenza. Ci si riferisce a F. CAFAGGI, *Il contratto di rete - Commentario*, Bologna 2009, 19, dove l'autore afferma "si può rilevare come contratti tipici, aventi ad oggetto la collaborazione tra imprese, esistevano già prima dell'intervento legislativo. In alcuni casi si tratta di contratti tipizzati socialmente con l'autorevole vaglio della giurisprudenza. Il consorzio, l'ATI, le joint-venture, il GEIE. Rappresentano solo alcuni modelli di cooperazione interimprenditoriale attraverso contratti".

¹²⁵ A tal riguardo v. A. BREGOLI, *I contratti d'impresa*, in *Giur. Comm.*, 1, 2008, 140 ss. In particolare, l'autore ritiene che "la stessa unitarietà della pretesa categoria dei contratti di impresa, infatti, è stata messa in discussione da chi, prendendo spunto dalla legge sulla subfornitura ha segnalato una speciale disciplina, diversa da quella codicistica, che risente di preoccupazioni e tecniche di intervento del contratto dei consumatori, anche per i contratti intercorrenti tra imprenditori, che ha,

In tal senso è anche da considerare che la libertà contrattuale, e dunque la forza negoziale di una parte, soprattutto nel mondo imprenditoriale e nel rapporto grande impresa *vs* piccola, può anche causare un abuso, generando squilibrio nelle prestazioni contrattuali¹²⁶. La rete, dunque, partendo dall'abuso della dipendenza economica di un'impresa dall'altra¹²⁷, vuole tutelare le piccole imprese: in particolare le micro-impresе, identificate come quelle attività imprenditoriali che a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro¹²⁸.

E' interessante notare che le microimpresе sono state inserite nel codice del consumo quali soggetti deboli da tutelare¹²⁹.

provocatoriamente e suggestivamente, chiamato terzo contratto. Quando il contratto interviene tra imprenditori, che si trovano tuttavia in posizione asimmetrica, in quanto l'esercizio dell'attività d'impresa dell'uno dipende dalla contrattazione con l'altro, la legge interviene a favore dell'imprenditore debole con un armamentario tecnico-giuridico di protezione, che ricalca quello predisposto a protezione del Consumatore”.

¹²⁶ La libertà contrattuale e la giustizia del contratto sono temi al centro del dibattito in dottrina, in particolare F. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contratto e Impresa*, 2, 2002 509 ss., afferma che la libertà contrattuale e della giustizia del contratto “sono i due temi di un dilemma: se la libertà di contrarre e di determinare i contenuti del contratto debba essere difesa fino al punto di accettare che il contratto possa risultare ingiusto, ossia economicamente incongruo, con squilibrio fra le prestazioni corrispettive, o se in nome della giustizia del contratto si debbano, all'opposto, accettare limitazioni della libertà contrattuale”.

¹²⁷ Ci si riferisce a G. GITTI e G. VILLA, *Il terzo contratto*, Bologna 2008, 7, in cui gli autori identificano il terzo contratto stipulato da “due imprenditori, l'uno in condizione di dipendenza economica nei confronti dell'altro”. Sul terzo contratto v. E. MINERVINI, *Il terzo contratto*, in *I Contratti*, 5, 2009, 493 ss.

¹²⁸ La definizione di micro-impresa si evince ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, dell'allegato alla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione del 6 maggio 2003.

¹²⁹ Il dl. n. 1 del 24 gennaio 2012 recante “*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*”, pubblicato in *G.U.* n. 19 del 24 gennaio 2012 - Suppl. Ord. n. 18, convertito in l. n. 27 del 24 marzo 2012, in *G.U.* del 24 marzo 2012 - Suppl. Ord. n. 53 ha modificato il d. lgs. 206 del 2005 (cd. *Codice del consumo*), prevedendo all'art. 7 dal titolo “*Tutela delle microimpresе da pratiche commerciali ingannevoli e aggressive*” che “All'articolo 18, comma 1, del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, dopo la lettera d) inserire la seguente: “d-bis) «microimpresе»: entità, società di persone o associazioni, che, a prescindere dalla forma giuridica esercitano un'attività economica artigianale e altre attività a titolo individuale o familiare.”;

2. All'articolo 19, comma 1, dopo le parole: “relativa a un prodotto” sono aggiunte, infine, le seguenti: “, nonché alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e microimpresе. Per le microimpresе la tutela in materia di pubblicità ingannevole e di pubblicità comparativa illecita è assicurata in via esclusiva dal decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 145.”.

CAPITOLO II

FONDAMENTI ECONOMICI E DISCIPLINA DEL CONTRATTO DI RETE

1. Il sistema economico italiano: l'impatto della crisi

Il settore delle piccole e medie imprese (Pmi¹³⁰) in Italia è stato colpito intensamente dalla recessione del 2008-09 così come, del resto, l'intera economia italiana che non ha ancora recuperato il valore di PIL antecedente l'inizio della crisi. In particolare, le Pmi sono più precisamente MPmi¹³¹ (Micro, piccole e medie imprese¹³²), dove le micro imprese sono la categoria più numerosa¹³³.

Le piccole imprese, che rappresentano la quasi totalità della struttura produttiva italiana¹³⁴, hanno risentito maggiormente delle difficoltà economiche rispetto a quelle di media e di grande dimensione¹³⁵.

Questa situazione ha diverse concause che si basano sostanzialmente sulle ridotte dimensioni delle imprese italiane¹³⁶. Il primo motivo di difficoltà è rappresentato dalla redditività delle imprese. Il ritorno sul capitale in Italia è sceso al 4,2% nel 2013 contro il 6,5% medio europeo. Ciò implica che la crisi, non solo ha inferto un pesante colpo all'economia italiana, ma ha anche aumentato il *gap* con gli altri Stati. La seconda causa consiste nell'indebitamento in rapporto alla redditività delle imprese. Le aziende italiane sono infatti più indebitate e meno profittevoli. Se in Europa il debito ammonta a 2,8 volte il margine operativo lordo, in Italia tale valore è pari al 3,6. Il terzo indicatore di crisi è la mancanza di

¹³⁰ Secondo l'art. 2 dell'allegato della 2003/361/CE, Raccomandazione della Commissione del 6 maggio 2003 relativa alla "definizione delle microimprese, piccole e medie imprese", la categoria delle PMI è costituita da imprese che occupano meno di 250 persone, il cui fatturato annuo non supera i 50 milioni di euro oppure il cui totale di bilancio annuo non supera i 43 milioni di euro. Le piccole imprese sono identificate in quelle che occupano meno di 50 persone e realizzano un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a 10 milioni di euro. La micro impresa occupa, infine, meno di 10 persone e realizza un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di euro.

¹³¹ Acronimo che identifica le micro, piccole e medie imprese, che costituiscono la struttura portante del sistema produttivo comunitario, rappresentando il 99 per cento delle imprese europee ed occupando il 67 per cento della forza lavoro del settore privato; così on. A. TAJANI, Ex-Commissario per l'industria e l'imprenditoria e Ex-Vicepresidente della Commissione Europea.

¹³² Un altro elemento che emerge è rappresentato dalla volontà di operare in maniera autonoma; quasi il 40% degli italiani vorrebbe lavorare in proprio, e non come dipendente. In Italia, infatti, il tasso di imprenditorialità – calcolato come rapporto tra numero di lavoratori indipendenti e totale dei lavoratori delle imprese – è superiore al 30%. Questo comporta la ridotta dimensione delle imprese;

¹³³ Le imprese con meno di 10 impiegati sono il 94% delle imprese totali contro una media europea del 92%.

¹³⁴ Le Pmi costituiscono il 99,9% delle attività economiche in Italia, producono quasi il 70% del valore aggiunto e impiegano l'80% della forza lavoro nel settore non finanziario. Il mercato italiano è dominato dalle piccole e medie imprese. Nel nostro Paese ci sono all'incirca 65 Pmi ogni 1000 abitanti. Un record in confronto ai dati degli altri 28 Paesi dell'Unione Europea.

¹³⁵ Nel 2012 l'Italia poteva contare su 3,69 milioni di Pmi, che impiegavano circa 12 milioni di persone producendo un valore aggiunto di 422 miliardi di euro. Tali dati sono estraibili dalle analisi dell'Ufficio Statistico dell'Unione Europea (Eurostat). La Direzione Generale della Commissione Europea raccoglie ed elabora dati relativi a Stati membri dell'Unione, promuovendo il processo di armonizzazione della metodologia statistica tra gli Stati membri.

¹³⁶ Un recente studio di *Standard and Poor's* ha mostrato come il sistema produttivo italiano – Italia Spa – sia ancora in sofferenza. Le aziende nostrane hanno infatti "toccato il fondo" nel 2013 mentre negli altri Paesi europei il minimo è stato raggiunto nel 2009. Questi dati spiegano come le piccole imprese siano le maggiori produttrici di valore aggiunto e di posti di lavoro a livello europeo, ed italiano in particolare. La composizione del tessuto produttivo, estremamente frammentato, ha amplificato gli effetti negativi della crisi per quanto riguarda sia il valore aggiunto sia l'occupazione, perché ha confinato le PMI nel mercato domestico senza favorirne la crescita all'estero, mentre altri Paesi, basati su un tessuto economico composto da imprese di maggiore dimensione, si sono già avviati verso la ripresa economica. Lo studio è stato recentemente svolto da *Standard and Poor's*, una delle agenzie di *rating* più prestigiose al mondo.

investimenti. Questi ultimi sono crollati del 26% rispetto ai massimi del 2007. Tale quadro economico emerge dallo *SBA (Small Business Act) Fact Sheet*¹³⁷ che mostra come l'Italia, sebbene abbia fatto notevoli progressi nel corso dell'ultimo anno, sia ancora indietro rispetto agli altri Paesi europei nella tutela delle Pmi. Per le imprese italiane - e quelle meridionali in particolare - l'aspetto più complesso, che ne impedisce il recupero, è l'accesso al credito. Le imprese italiane hanno difficoltà crescenti a ricorrere a finanziamenti poiché le banche sono restie a sostenerle. La situazione per le imprese è complessa, ma esiste la possibilità di far ripartire il motore del Paese mediante la ripresa di investimenti, ristrutturazioni e consolidamenti, e la rete costituisce sicuramente un ottimo viatico per raggiungere tali obiettivi.

2. L'esigenza di politiche aggregative e la promozione del contratto di rete

Per rispondere alla crisi economica ed alle nuove sfide dettate dall'economia globale, le imprese hanno oggi, in molti casi, bisogno di una forma di aggregazione più flessibile ed innovativa rispetto a quelle tradizionali, in grado di aumentarne la capacità competitiva senza però costringerle a rinunciare alla propria autonomia. Il "Contratto di rete" risponde a queste esigenze poiché costituisce un intervento sicuramente innovativo, introducendo uno strumento che formalizza un fenomeno nato spontaneamente, con l'obiettivo di stimolare ulteriormente la collaborazione delle imprese cercando di accrescere la capacità innovativa e migliorandone la competitività sui mercati nazionali ed internazionali, col fine ultimo di superare la nota frammentazione delle imprese italiane

Il successo che la rete ha ottenuto nel sistema economico italiano è dimostrato dagli oltre 1900 contratti stipulati al 1 gennaio 2015 da circa 10.000 imprese¹³⁸.

La rete rientra in un progetto di crescita delle imprese alla quale l'istituto mira configurando un vasto spazio per l'autonomia contrattuale, ad esempio in tema di *governance* e di rimedi per i momenti patologici. La causa della fattispecie va vista non tanto nel senso della causa delle reciproche prestazioni dei partecipanti alla rete, bensì in senso funzionale; l'impegno degli operatori giuridici è quello di trovare soluzioni coerenti col modello legislativo per trovare assetti utili per lo sviluppo dell'impresa, traducendo in termini giuridici le esigenze che affiorano dalla realtà economica. Non si perde, per chi partecipa, l'individualità. Il sistema delle reti, dunque, rappresenta un modello particolarmente funzionale alle esigenze dell'economia italiana nell'attuale momento¹³⁹, in cui il Paese soffre di un *gap* di capacità innovativa rispetto ai principali *partner* europei, collocandosi, tra gli Stati membri dell'Unione, nel gruppo di coda¹⁴⁰. La recente revisione dello *Small Business Act* (SBA)¹⁴¹ sottolinea l'impegno nel

¹³⁷ Le schede informative SBA vengono pubblicate dalla Commissione Europea annualmente con l'obiettivo di migliorare la comprensione delle tendenze recenti e delle politiche nazionali in materia di Pmi.

¹³⁸ Dati aggiornati sullo sviluppo della tipologia contrattuale sono visibili su <http://contrattidirete.registroimprese.it/reti/>

¹³⁹ G. VETTORI, *Contratto di rete e sviluppo dell'impresa*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, 5, 390 ss.

¹⁴⁰ Secondo la valutazione complessiva basata sugli obiettivi degli indicatori strutturali fissati a Lisbona nel 2006.

¹⁴¹ Cfr. *Review of the Small business ACT for Europe*, Brussels 23 febbraio 2011, COM (2011) 78 final.

proporre e diffondere uno strumento di diritto europeo dei contratti che risponda alle esigenze delle piccole e medie imprese, che soffrono la mancanza di risorse nel campo della ricerca e dell'innovazione, di accedere ai nuovi mercati. (vedi capitolo VI)

3. Lo Statuto delle imprese e la promozione dell'aggregazioni di impresa

Il contratto di rete si inserisce nel quadro delle sollecitazioni legate all'approvazione delle linee prioritarie d'intervento fissate dalla Commissione Europea per garantire la piena applicazione della Comunicazione COM(2008) 394 del 25 giugno 2008¹⁴² sullo *Small Business Act (SBA)*¹⁴³, che rappresentava il primo intervento organico, a livello comunitario, espressamente dedicato alle piccole e medie imprese.

In Europa, il sostegno alle Pmi costituisce una delle priorità della Commissione in funzione della crescita economica, della creazione di posti di lavoro e della stabilità del sistema¹⁴⁴. La revisione dello *SBA*¹⁴⁵ approvata con la COM(2011) 78 del 23 febbraio 2011 dimostra la sensibilità al cambiamento di mentalità del legislatore comunitario ispirato al principio «*Think small first*»¹⁴⁶.

L'Italia, che registra il più alto numero di imprese all'interno dell'Unione Europea - circa 4 milioni - è stata tra i primi Paesi ad attuare la comunicazione COM(2008)394 del 25 giugno 2008 sullo *Small Business Act* ed è ancora molto attiva, avendo introdotto, rapidamente, alcune indicazioni contenute nello *SBA* e nel suo Riesame del 2011, tra cui il «*Mister Pmi*» (figura già operativa, introdotta dalla l. 180/2011)¹⁴⁷, responsabile per l'attuazione dei provvedimenti per favorire lo sviluppo delle piccole e medie imprese¹⁴⁸, nonché avanzando numerose proposte, tra cui l'introduzione del contratto di rete europeo¹⁴⁹.

¹⁴² COM(2008) 394 del 25 giugno 2008 recante: «Una corsia preferenziale per la piccola impresa. Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (uno *Small Business Act* per l'Europa)».

¹⁴³ L'Italia è stato uno dei primi paesi in Europa a recepire il provvedimento, che è stato introdotto nel nostro ordinamento con una direttiva del Presidente del Consiglio nel maggio 2010.

¹⁴⁴ Secondo il precedente Commissario europeo per le imprese e l'industria G. VERHEUGEN «Le microimprese e le piccole e medie imprese costituiscono il motore dell'economia europea. Sono una fonte essenziale di lavoro, generano spirito imprenditoriale e innovazione nell'UE e sono quindi essenziali per favorire la competitività e l'occupazione. Per tali ragioni, la nuova definizione di Pmi rappresenta un importante passo verso il miglioramento dell'ambiente operativo delle Pmi e ha lo scopo di promuovere l'imprenditorialità, gli investimenti e la crescita».

¹⁴⁵ *Lo Small Business act* è basato su 10 principi base che sono: Amministrazione recettiva, Seconda possibilità, Internazionalizzazione, Innovazione, Pensare anzitutto in piccolo (*Think small first*), Appalti pubblici, Aiuti di stato, Mercato unico, Accesso ai finanziamenti e Imprenditorialità.

¹⁴⁶ «Pensare anzitutto in piccolo», è un principio cardine dell'Unione Europea, sul quale è fondato lo *Small Business Act*.

¹⁴⁷ L. 11 novembre 2011, n. 180, denominata «*Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese*», in *G.U.*, 14 novembre 2011, n. 265.

¹⁴⁸ Il contratto di rete, che l'Italia ha introdotto per prima in Europa, è attualmente allo studio in Germania e in Francia, al fine di recepirlo nei rispettivi ordinamenti.

¹⁴⁹ Il contratto di rete europeo è stato prospettato alla Commissione UE, sul modello italiano, per favorire le relazioni tra le Pmi dell'Unione Europea e diffondere le reti. Il provvedimento è stato elaborato dal Governo, recependo il lavoro svolto al Ministero dello Sviluppo Economico dal Tavolo d'iniziativa per le piccole e medie imprese composto da diverse associazioni di Pmi e rappresentanti istituzionali.

La Commissione UE ha definito la nuova tipologia contrattuale una «*best practice*», un esempio da seguire, auspicando la predisposizione di un contratto di rete europeo sul modello di quello italiano, per favorire le relazioni tra le Pmi dell'Unione Europea e diffondere le reti, nella convinzione che una disciplina specifica costituirebbe un fattore essenziale per lo sviluppo dell'istituto¹⁵⁰. Il legislatore italiano - in linea con il principio «*Think small first*¹⁵¹» - oltre ad aver introdotto il contratto di rete, è stato proattivo, approvando lo Statuto delle Imprese, che raccoglie significative novità per le Pmi.¹⁵²

Il provvedimento¹⁵³, approvato nel 2011 dal Parlamento dopo un *iter* durato quasi due anni, rappresenta infatti un tassello fondamentale nel processo di completamento del quadro normativo che pone al centro delle politiche economiche del nostro Paese la tutela delle MPmi e delle reti, affidando importanti deleghe al Governo in materia di incentivi e di ammenti da parte della P.A.¹⁵⁴, riducendo gli adempimenti amministrativi ed aumentando la trasparenza, per favorire l'avvio di nuove attività e dare impulso all'aggregazione funzionale tra imprese.

Lo Statuto, punto di riferimento per ogni legislazione e regolamentazione successiva, definisce i diritti fondamentali delle MPmi, alla stregua dello Statuto dei lavoratori, (l. n. 300 del 1970) con riferimento alle normative sul lavoro, prevedendo principi di carattere generale, applicabili, tuttavia, alle imprese di ogni dimensione.

Il testo è suddiviso in ventuno articoli di cui alcuni ad effetto immediato, come le norme c.d. di semplificazione¹⁵⁵; altri ad efficacia differita, cui verrà data attuazione con successivi decreti e regolamenti come la riforma degli incentivi, attribuita in delega al Governo, che darà rilievo alle reti riservando il 60% di ogni incentivo alle MPmi e alle imprese che si aggregano. In particolare, inoltre, entro novembre 2012 dovrà essere recepita la direttiva UE contro i ritardi dei ammenti della P.A.

Il provvedimento normativo recepisce i principi affermati nello *SBA*, introducendo in Italia principi volti a garantire la piena applicazione dello stesso e la coerenza delle normative adottate dallo Stato e Regioni con i provvedimenti dell'UE. Lo legge *valorizza, dunque, il potenziale di crescita, di produttività e di innovazione delle imprese, nel panorama europeo e internazionale*" e favorisce la promozione di politiche volte

¹⁵⁰ Cfr. F. CAFAGGI, in *Il Sole24ore*, 17 novembre 2011, secondo il quale l'assenza di una disciplina uniforme costituisce, di fatto, una barriera all'internalizzazione delle Pmi.

¹⁵¹ L'intervento legislativo non dovrebbe essere orientato verso politiche industriali a favore delle grandi imprese (in quanto tali), territori che contengono reti locali, merceologie settoriali delimitate a campi specifici, ma dovrebbero cercare di favorire il processo di convergenza, emersione e strutturazione delle reti trans-settoriali e trans-territoriali, in tutti i campi in cui l'economia reale dimostra di volersi muovere in queste direzioni, D. PALMIERI, *La regolazione giuridica delle reti: primi passi e problemi aperti*, in *Fare reti d'impresa*, cit., 33.

¹⁵² Legge 11 novembre 2011, n° 180, in G.U., 14 novembre 2011 n° 265.

¹⁵³ La proposta di legge era stata presentata alla Camera dall'on. Vignali il 30 settembre 2009, unificata con altri ddl, e approvata dopo un lungo e complesso *iter*.

¹⁵⁴ Lo Statuto affida, infatti, in delega al Governo la riforma degli incentivi, e l'adozione di una normativa che limiti i tempi di ammento della Pubblica amministrazione, in linea con le indicazioni della direttiva europea 2011/7/UE del Parlamento e del Consiglio, del 16 febbraio 2011. Il Governo ha inoltre l'obbligo di presentare al Parlamento, un ddl volto a definire annualmente gli interventi per le piccole e medie imprese.

¹⁵⁵ Le quali, ad esempio, escludono l'obbligo di presentare alla Pubblica Amministrazione documentazioni già prodotte al Registro delle imprese, riducendo al minimo la discrezionalità amministrativa.

all'aggregazione di imprese, anche attraverso il sostegno ai distretti e alle aggregazioni funzionali tra imprese¹⁵⁶. In tale prospettiva, lo statuto delle imprese all'art. 16, comma afferma:

[...]lo Stato , nell'attuazione delle politiche pubbliche e attraverso l'adozione di appositi provvedimenti normativi, provvede a creare le condizioni più favorevoli per la ricerca, l'innovazione, l'internazionalizzazione e la capitalizzazione [...] e, in particolare: a) garantisce alle micro, piccole e medie imprese e alle reti di imprese una riserva minima del 60% per ciascuna delle misure di incentivazione di natura automatica e valutativa , di cui almeno il 25% è destinato alle micro e piccole imprese[...], c) favorisce la trasparenza nei rapporti tra gli intermediari finanziari e le micro, piccole e medie imprese e le reti di imprese, assicurando condizioni di accesso al credito informato, corretto e non vessatorio [...], sostiene la promozione delle micro, piccole e medie imprese e delle reti di imprese nei mercati nazionali ed internazionali [...].

In sostanza, con l'approvazione dello Statuto delle Imprese¹⁵⁷, che riconosce il valore strategico delle piccole aziende nel sistema produttivo italiano ed assegna all'associazionismo e all'aggregazione tra imprese il ruolo di volano dello sviluppo, il legislatore integra a pieno titolo il contratto di rete tra gli strumenti aggregativi da supportare mediante politiche industriali e a cui dedicare specifiche agevolazioni. La legge crea, quindi, un sistema integrato di benefici ed incentivi che realizza un contesto vantaggioso per tutte le Mpmi, garantendo nuovo impulso alla diffusione delle reti e soprattutto una collocazione precisa nell'ordinamento giuridico¹⁵⁸.

4. Genesi della nuova tipologia contrattuale

Per molti anni, e fino al 2009, il fenomeno delle reti d'impresa non possedeva una vera e propria disciplina giuridica. Con l'aumento costante dell'utilizzo dello strumento e con l'accrescersi della sua complessità si è fatta sempre più incessante l'esigenza di regolare l'istituto. Si può affermare che la disciplina infine introdotta nel 2009 (d.l. 33/2009 e s.m.i.), più che fornire un *input* volto allo sviluppo delle reti d'impresa, si limita a formalizzare un fenomeno nato spontaneamente.

¹⁵⁶ Sul punto v. T. CERETTA, G. VECCHIATO, *Fare rete tra imprese. Manuale per costruire, governare e valutare le reti d'impresa*, Milano, 2012.

¹⁵⁷ Lo Statuto prevede semplificazioni, proporzionalità delle iniziative legislative e regolamentari in base alle dimensioni delle imprese, certezza delle norme, maggior rilievo alle associazioni di categoria, più spazio alle piccole e medie imprese che formano rete anche per gli appalti pubblici, nuova delega al governo per una legge sugli incentivi, da riservare almeno al 60% alle Pmi e alle reti di imprese, di cui almeno il 25 per cento deve essere destinato alle micro imprese; l'istituzione di un Mister Pmi nazionale, e una legge in favore delle piccole e medie imprese che deve essere presentata annualmente dal Ministro dello sviluppo economico al Parlamento entro il 30 giugno, "volta a definire gli interventi in materia per l'anno successivo".

¹⁵⁸ Mediante tale provvedimento normativo, il legislatore risponde alla critica della dottrina che lo accusava di aver introdotto un nuovo tipo di contratto, senza, però, collocarlo nell'ambito delle figure giuridiche aggregative pre-esistenti. Su tale aspetto, v. per tutti E. BRIGANTI, *La nuova legge sui contratti di rete tra le imprese: osservazioni e spunti*, cit., 193.

Nello scenario ante L. 33/2009 la disciplina delle reti si articolava su due strumenti: quelli privatistici (autoregolazione) e, quelli regolatori (politiche pubbliche e di sviluppo locale). Entrambi gli strumenti erano fortemente collegati e miravano a porre rimedio ad alcune problematiche, come la gestione del conflitto d'interessi, l'interdipendenza e la distribuzione del potere decisionale.

Il ruolo della regolazione pubblica non si limitava a gestire esclusivamente i rapporti tra pubblico e privato, ma si occupava anche dell'ambito dei rapporti fra privati. Diveniva rilevante, quindi, l'importanza che hanno i regolatori e la loro natura. L'intervento pubblico nei rapporti privati risultava necessario a causa dell'incompletezza dei contratti, rispetto alla quale era indispensabile trovare un meccanismo per colmare le lacune.

“Come noto, in base alla teoria dei contratti incompleti, in mancanza di un intervento *ex-ante* da parte del legislatore, il così detto “*fill gap*” è affidato al giudice: un'opzione più costosa e meno certa. Per quel che riguarda l'impatto dell'autoregolazione nei rapporti privato-pubblico si è già evidenziato come in realtà spesso la creazione di nuovi “tipi” avviene prima tramite l'autodeterminazione, e successivamente la regolazione sulla base dell'autoregolazione riconosce e disciplina il modello in modo più o meno fedele a quanto preventivamente fatto dai privati”¹⁵⁹.

La disciplina normativa che ha introdotto in Italia il contratto di reti di imprese è il risultato di un percorso, non del tutto lineare, che ha “scavalcato” più di una legislatura. Il D.d.L. Bersani del 2007¹⁶⁰ introduceva una disciplina il cui obiettivo era dare una definizione di rete di imprese, delineandone i caratteri distintivi. La proposta si fondava su due cardini: stabilità e coordinamento; implicava reti nazionali e internazionali e reti fra soggetti *for e not for profit*. Tuttavia, essa non vide, a causa dell'interruzione prematura della legislatura, l'approvazione definitiva da parte del Parlamento, il quale, successivamente alla sua rielezione, riprese a dibattere sul tema con un nuovo progetto di legge, che, però, fu poi abbandonato e la normativa sulla tipizzazione delle reti fu inserita nella legge di conversione del decreto sviluppo del 2009 che il Governo aveva presentato alle Camere e che stava per approvare.

5. L'introduzione della disciplina del contratto di rete nell'ordinamento italiano: la l. n. 33 del 2009

Il contratto di rete è stato introdotto nell'ordinamento italiano dall'art. 3, commi 4-*ter*, *quater* e *quinquies* del d.l. n. 5 del 10 febbraio 2009, convertito nella l. n. 33 del 2009. Nelle intenzioni del legislatore, il provvedimento approvato agli inizi del 2009 sul contratto di rete avrebbe dovuto rappresentare “una risposta concreta per quelle imprese, soprattutto di piccola e media entità che da

¹⁵⁹ P. MANZI, *Profili Antitrust e Contratti di rete*, in http://www.retedimpresa.com/?e_id=232#_ftn7.

¹⁶⁰ D.d.L. Camera 2272-bis, recante *Misure per il cittadino consumatore e per agevolare le attività produttive commerciali, nonché interventi in settori di rilevanza nazionale*, all'art. 20-bis, del 25/01/2007.

sempre caratterizzano la realtà economica italiana¹⁶¹, che intendevano collaborare, esercitando in comune una o più attività economiche rientranti nei rispettivi oggetti sociali” (art. 4-ter, L. n. 33/2009) senza modificare la propria comine proprietaria confluendo in unico soggetto giuridico¹⁶².

Il legislatore predispose, così, un modello contrattuale flessibile, che lasciava ampio spazio all'autonomia delle parti¹⁶³, mediante la creazione di uno schema definito dalla dottrina “transtipico”, in grado cioè, senza giungere all'identificazione di un nuovo tipo negoziale, “di attraversare una serie di altri contratti anche tipici, e di realizzare nuove modalità di collaborazione al di là degli schemi socialmente o legislativamente proposti”¹⁶⁴.

La disciplina introdotta, tuttavia, scarna ed imprecisa¹⁶⁵, risultava priva di un collegamento sistematico con le altre figure, presenti nel panorama normativo nazionale, idonee a realizzare una funzione di aggregazione e cooperazione imprenditoriale¹⁶⁶, appariva del tutto inadeguata¹⁶⁷ a regolamentare un fenomeno così rilevante e complesso¹⁶⁸.

Si rendeva dunque necessario ed urgente un nuovo intervento legislativo per dare risposta alla crescente esigenza di politiche di sostegno alla crescita e allo sviluppo del tessuto imprenditoriale delle Pmi, indebolito dalla sfavorevole congiuntura economica.

¹⁶¹ Cfr. F. CAFAGGI, *Il contratto di rete*, Commentario, Bologna, 2009, secondo il quale le reti esistevano già prima della nascita delle imprese integrate verticalmente; esempi se ne troverebbero anche prima del 1492, nell'organizzazione degli scambi di materie prime, semilavorati e prodotti finiti sia in Europa che nel continente asiatico.

¹⁶² Cfr. G. GENTILI, *Una prospettiva analitica su reti di imprese e contratti di rete*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2, 2010, 87 ss.; ma anche P. ZANELLI, *Reti d'impresa: dall'economia al diritto, dall'istituzione al contratto*, in *Contratto e Impresa*, 4-5, 2010, 951 ss., F. CIRIANNI, *Il contratto di rete*, in *Notariato* 4, 2010, 442 ss.

¹⁶³ Cfr. F. CALISAI, *Riflessioni in tema di contratto di rete: una stringata disciplina normativa con interessanti potenzialità*, in *Riv. Dir. Impr.*, 2010, 3, 525, che sostiene come la flessibilità e la libertà di azione lasciata ai contraenti nel contratto di rete introdotto nel 2009 non sia presente in nessun altro strumento negoziale, poiché “il modello negoziale proposto dal legislatore è assimilabile ad una sorta di schema (quasi) in bianco che le parti possono autonomamente completare”.

¹⁶⁴ F. CAFAGGI, *Il contratto di rete e il diritto dei contratti*, in *I contratti*, 2009, 10, 919.

¹⁶⁵ Cfr. F. CALISAI, *Riflessioni in tema di contratto di rete: una stringata disciplina normativa con interessanti potenzialità*, cit., 545, che sottolinea come l'autonomia privata se da un lato viene posta in primo piano, dall'altra finisce con aumentare la disomogeneità della fattispecie.

¹⁶⁶ Cfr. F. CAFAGGI, *Il contratto di rete e il diritto dei contratti*, cit., 919, che nota come a distanza di poco tempo dall'istituzione del contratto di rete fosse già necessario un nuovo intervento legislativo per ridurre l'incertezza causata dalla scarna disciplina.

¹⁶⁷ Cfr. F. CAFAGGI, *Il contratto di rete e il diritto dei contratti*, cit., 919, che nota come a distanza di poco tempo dall'istituzione del contratto di rete fosse già necessario un nuovo intervento legislativo per ridurre l'incertezza causata dalla scarna disciplina.

¹⁶⁸ Il provvedimento non contemplava alcuni aspetti essenziali della disciplina, rendendo difficile l'applicazione del contratto nel contesto imprenditoriale; ad esempio, infatti, sebbene fosse previsto obbligatoriamente il fondo patrimoniale, nulla si affermava circa la sua regolamentazione, introdotta successivamente dalla l. 23 luglio del 2009 n° 99, la quale stabiliva l'applicabilità, in quanto compatibili, degli artt. 2614 e 2615 c.c. che contengono disposizioni sul fondo consortile e sulla responsabilità del consorzio e dei consorziati verso i terzi. Il legislatore prevedeva, poi, obbligatoriamente, l'organo comune, che era incaricato di poteri di rappresentanza, senza però chiarire come l'organo dovesse agire nei confronti delle imprese partecipanti, e circa la sua eventuale sostituzione durante la durata del contratto. Totale incertezza, poi, in quanto del tutto privo di disciplina, vi era riguardo all'aspetto relativo alla possibilità di modificare il programma di rete inizialmente concordato.

Infatti¹⁶⁹, il legislatore è intervenuto per disciplinare il cosiddetto contratto di rete dopo due interventi: il primo quello sulla subfornitura industriale del 1998¹⁷⁰, il secondo quello sul contratto di *franchising* (cioè sul contratto di affiliazione commerciale) del 2004¹⁷¹.

Vi è qualche affinità tra le tre fattispecie, perché anche il contratto di rete si fonda, come le altre, su un contratto plurilaterale (bi o plurilaterale) d'impresa, ma c'è una differenza sostanziale¹⁷². Nelle prime due figure, la subfornitura ed il *franchising*, già ampiamente diffuse e note nella prassi nazionale e non solo, il legislatore si ispira ad un'esigenza fondamentale, un'esigenza protettiva: tutelare uno dei due contraenti, la parte debole del rapporto. Tale scelta nasce dalla consapevolezza che nella realtà vi sono contratti di impresa "disuguali" (oggi si parla di "asimmetria" contrattuale), "sbilanciati", "inequali", che rendono necessario riequilibrare il rapporto tra i contraenti. L'intervento tecnicamente è abbastanza invasivo¹⁷³ in quanto si ricorre all'inserimento di norme imperative, di una serie di divieti e questi divieti sono sanzionati con la nullità¹⁷⁴.

La legge sul contratto di rete non prevede, invece, niente di tutto questo e appare innovativa rispetto al passato, perché si ispira ad una finalità diversa, non protettiva, cioè ad un obiettivo dichiarato di "tipo promozionale". In un quadro generale di politica industriale, si vuole favorire il rilancio dell'economia e soprattutto la competitività dell'industria nazionale, quindi delle medie e piccole imprese che, non disponendo di risorse per l'innovazione, si aggregano per superare questo *gap*. Non c'è, dunque, nell'ultimo intervento la stessa logica dei primi due, né c'è un coordinamento tra il contratto di rete e le precedenti due fattispecie.

Non definendo il contratto di rete nei suoi termini precisi, specificando le ragioni del suo impiego e chiarendone i confini, non si consente di "marcare" la differenza con altre aggregazioni e formazioni (societarie, consortili o soltanto associative) che svolgono egualmente funzione organizzativa tra le imprese¹⁷⁵. Inoltre il richiamo nell'art. 3 ai distretti produttivi (che sono proprio quelli che aggregano le piccole e medie industrie), inserito con la logica di superare l'ambito regionale in una visione meta-distrettuale, non è seguito da un reale collegamento tra l'istituto delle reti e quello dei distretti.

6. Il contratto di rete: nuova figura contrattuale o esempio di trans-tipicità?

¹⁶⁹ E. BRIGANTI, *La nuova legge sui contratti di rete tra le imprese: osservazioni e spunti*, Notariato 2/2010;

¹⁷⁰ L. 18 giugno 1998, n. 192, "Disciplina della subfornitura nelle attività produttive", in *G.U.*, 22 giugno 1998, n. 143.

¹⁷¹ L. 6 maggio 2004, n. 129, "Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale", in *G.U.*, 24 maggio 2004, n. 120.

¹⁷² M. GRANIERI, Il contratto di rete: una soluzione in cerca del problema?, cit., 935; C. CAMARDI, *Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, in *I contratti*, 2009, 10, 933.

¹⁷³ P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, 229, critica la tecnica del ricorso a norme imperative come eccessivamente invasiva della autonomia privata.

¹⁷⁴ Si è parlato, a questo riguardo, di "terzo contratto" (R. PARDOLESI, PREFAZIONE, in G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004); per alcune riflessioni più recenti, E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, "terzo contratto"*, in *Contr. e impr.*, 2009, 120; D. VALENTINO, *Il contratto "incompleto"*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 509; V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 669.

¹⁷⁵ F. CAFAGGI, *Il contratto di rete e il diritto dei contratti*, in *I contratti*, 2009, 10, 919.

Da una prima lettura della trattazione giuridica che disciplina il contratto di rete emerge la visione ristretta adottata dal legislatore italiano che sembra aver scelto di non regolamentare il fenomeno globale delle reti d'impresa, ma un particolare modello di realizzazione di quel fenomeno, restringendo il riconoscimento normativo alle reti d'impresa in cui più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere la propria capacità innovativa e la propria competitività nel mercato.

È necessario, dunque, capire e stabilire in che rapporto si ponga la ristretta nozione di contratto di rete, sottesa alla nuova legge, con i diversi modelli reticolari preesistenti e in parte già disciplinati dall'ordinamento giuridico. Quest'argomento ha portato alla nascita di due ricostruzioni opposte elaborate dai primi interpreti in dottrina: secondo alcuni autori¹⁷⁶ ci si troverebbe di fronte a un *contratto trans-tipico*, "cioè individuato dalla funzione e non dallo schema, in grado di attraversare una serie di altri contratti, anche tipici, creando nuove modalità di collaborazione e andando oltre gli schemi socialmente o legislativamente predisposti"¹⁷⁷; secondo altri invece il legislatore avrebbe introdotto un *nuovo tipo contrattuale* riconducibile alla classe dei contratti plurilaterali con comunione di scopo, affiancandosi a quelli già disciplinati.

I sostenitori della prima tesi interpretativa, fra cui F. Cafaggi, C. Camardi e A. Gentili, si sono focalizzati sull'estrema libertà che la legge lascia ai contraenti nel definire gli elementi di coordinamento, di scambio e di condivisione, seppur nel rispetto della causa contrattuale, e hanno individuato nel contratto di rete uno strumento idoneo a qualificare e delineare i tratti regolamentari essenziali di qualunque rapporto di coordinamento fra imprese che sia diretto ad accrescere, secondo i percorsi applicativi e le strategie più svariate e non predefinite normativamente, la competitività sul mercato e la reciproca capacità innovativa dei partecipanti.

Il contratto di rete sarebbe quindi una qualificazione aggiuntiva applicabile a figure già esistenti¹⁷⁸. In tal modo si potrebbero avere "una rete-subfornitura, una rete-franchising, una rete joint-venture, una rete-ATI o una rete-consorzio che riprodurrebbero [...] sotto il profilo causale i tipi esistenti aggiungendo o sottraendo alcuni elementi diretti a meglio connotare la dimensione reticolare".

"La disciplina del contratto di rete sarebbe dunque applicabile ad oggetti tra loro assai diversi e sarebbe suscettibile di un'articolazione causale assai diversificata"¹⁷⁹.

La seconda tesi interpretativa afferma invece che "la disciplina delineata nella l. n. 33/2009 introduce nel nostro ordinamento un nuovo tipo negoziale caratterizzato però da una *tipizzazione anomala* poiché, da un lato, essa non segue alcuna tipizzazione sociale della figura in esame, e, dall'altro, il legislatore si è

¹⁷⁶ F. CAFAGGI, *Il contratto di rete e il diritto dei contratti*, 919.

¹⁷⁷ E. BRIGANTI, *La nuova legge sui contratti di rete tra le imprese: osservazioni e spunti*, cit., 193.

¹⁷⁸ Secondo F. CAFAGGI, *Il contratto di rete e il diritto dei contratti. I contratti*, 2009, 919 col contratto di rete si realizza uno schema transtipico, in grado cioè "senza giungere all'identificazione di un nuovo tipo negoziale, di attraversare una serie di altri contratti anche tipici".

¹⁷⁹ C. CAMARDI, *Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, in *I contratti*, 932; A. GENTILI, *Il contratto di rete dopo la l. n. 122/2010*, in *I contratti*, 2011, 617.

limitato a definire il contenuto minimo del contratto, senza disciplinarlo in maniera esauriente¹⁸⁰. Tale tipicità, anche se peculiare, emerge dagli elementi essenziali del contratto, come il programma di rete e i due obiettivi strategici da raggiungere, subordinando il riconoscimento della rete alla circostanza che “la sua manifestazione reale si riveli conforme allo schema normativo”¹⁸¹.

L’ampio dibattito sulla classificazione del contratto di rete non è ancora giunto ad una soluzione condivisa.

7. L’evoluzione normativa del contratto

La normativa del 2009, lacunosa ed imprecisa, rendeva dunque necessario ed urgente un nuovo intervento legislativo per dare risposta alla crescente esigenza di politiche di sostegno alla crescita e allo sviluppo del tessuto imprenditoriale delle Pmi, indebolito dalla sfavorevole congiuntura economica. Il nuovo, atteso, intervento legislativo si è reso necessario per innovare la l. n. 33 del 2009 - già modificata, in aspetti del tutto marginali, dalla l. n. 99 del 2009¹⁸² - che introduceva il contratto di rete in maniera a dir poco frettolosa¹⁸³, sull’onda delle sollecitazioni legate all’approvazione delle linee prioritarie d’intervento fissate dalla Commissione Europea per garantire la piena applicazione della Comunicazione COM(2008) 394 del 25 giugno 2008¹⁸⁴ sullo *Small Business Act (SBA)*¹⁸⁵, che rappresentava il primo intervento organico, a livello comunitario, espressamente dedicato alle piccole e medie imprese.

La nuova norma contenuta nell’art. 42 della L. n. 122 del 2010¹⁸⁶, è intervenuta, così, innovando sostanzialmente la fattispecie, sia sotto il profilo civilistico, con i commi 2-bis e 2-ter, che sostituiscono rispettivamente i commi 4-ter e 4-quater della L. n. 33 del 2009; sia sul piano fiscale, con i successivi commi da 2-quater a 2-septies, che hanno istituito, in favore delle imprese che sottoscrivono un contratto di rete, misure agevolative¹⁸⁷ - ormai scadute - in relazione agli utili investiti nel programma comune, subordinate all’autorizzazione della Commissione Europea, avvenuta poi con decisione

¹⁸⁰ M. MACARIO, *Il “contratto” e la “rete”: brevi note sul riduzionismo legislativo. Obbligazioni e contratti*, 2009, 953.

¹⁸¹ M. MACARIO, *ult. op.cit.*, 956.

¹⁸² L. 23 luglio 2009, n° 99, contenente: *Disposizioni per lo sviluppo e l’internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia* in G.U., 31 luglio 2009 n° 176, suppl. ord. n° 136.

¹⁸³ Con una tecnica normativa “sciatta”, fortemente criticata dalla dottrina; cfr., per tutti, M. GRANIERI, *Il contratto di rete: una soluzione in cerca del problema?*, in *I Contratti*, 10/2009, 934 ss.

¹⁸⁴ COM(2008) 394 del 25 giugno 2008 recante *Una corsia preferenziale per la piccola impresa. Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (uno “Small Business Act” per l’Europa)*.

¹⁸⁵ L’Italia è stato uno dei primi paesi in Europa a recepire il provvedimento con una direttiva del Presidente del Consiglio del 4 maggio 2010.

¹⁸⁶ M. MALTONI, *Il contratto di rete. Prime considerazioni alla luce della novella di cui alla L. n. 122/2010*, in *Notariato* 1, 2011, 64 ss; ma anche F. CAFAGGI, *Il contratto di rete nella prassi. Prime riflessioni*, in *I contratti*, 5, 2011, 504 ss.

¹⁸⁷ Le agevolazioni rafforzano la convinzione, espressa da una parte della dottrina, che l’obiettivo del legislatore nel proporre la legge sul contratto di rete fosse di tipo prevalentemente promozionale; in questo senso E. BRIGANTI, *La Nuova legge sui «contratti di rete» tra le imprese: osservazioni e spunti*, *cit.*, 192.

C(2010)8939 del 26 gennaio 2011, ha espresso parere favorevole, non ravvisando in esse aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107, paragrafo 1¹⁸⁸, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea¹⁸⁹.

A ben guardare, tuttavia, gli strumenti apprestati dal legislatore per perseguire in concreto questo ambizioso obiettivo, si sostanziano nella previsione - del tutto facoltativa ma funzionale all'accesso alle agevolazioni fiscali previste dal provvedimento¹⁹⁰ - di un fondo patrimoniale comune, nonché di un organo comune deputato a gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l'esecuzione del contratto o di singole parti o fasi di esso.

L'istituzione del fondo patrimoniale presuppone che nel programma di rete siano stabiliti i criteri di valutazione dei conferimenti che ciascun contraente si obbliga ad eseguire per la sua costituzione e le relative modalità di gestione, nonché l'eventuale previsione che l'esecuzione del conferimento possa avvenire mediante apporto di un patrimonio destinato all'affare.

Circa la disciplina¹⁹¹, in tema di responsabilità patrimoniale il provvedimento rinvia sbrigativamente all'applicabilità al fondo patrimoniale delle disposizioni di cui agli artt. 2614 e 2615 del c.c., in quanto compatibili.

Per aumentare la diffusione¹⁹² del contratto, il legislatore decise di concedere agevolazioni fiscali¹⁹³ per le reti dotate di fondo patrimoniale¹⁹⁴, che hanno permesso alle imprese aderenti di usufruire della sospensione¹⁹⁵ di imposta sugli utili d'esercizio accantonati ad apposita riserva¹⁹⁶ e destinati alla

¹⁸⁸ Sull'applicazione di tale provvedimento normativo è intervenuto il Regolamento (UE) n. 1407/2013 della Commissione del 18 dicembre 2013 relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea agli aiuti «*de minimis*».

¹⁸⁹ In merito alle agevolazioni fiscali, la Commissione Europea ha espresso, con decisione COM(2010)8939 del 26 gennaio 2011, parere favorevole, non ravvisando in esse aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

¹⁹⁰ L'istituzione del fondo, anche se facoltativo, è un presupposto fondamentale per ottenere le agevolazioni previste dalla norma

¹⁹¹ In particolare sul tema della responsabilità patrimoniale cfr. relazione di M. BIANCA, *Il regime patrimoniale delle reti*, presentata al Convegno: *Il contratto di rete. Nuovi strumenti contrattuali per la crescita d'impresa*, Roma, cit., e F. CAFAGGI e M. GOBBATO, *Rischio e responsabilità nella rete*, in *Il contratto di rete, Commentario*, cit., e Iamiceli, *Contratto di rete, fondo comune e responsabilità patrimoniale*, in *Il contratto di rete, Commentario*, cit.

¹⁹² I benefici fiscali, anche se non costituivano il motivo principale, hanno rappresentato per molte imprese, soprattutto nella fase iniziale, un elemento di stimolo per aggregarsi.

¹⁹³ Cfr. C. CALIFANO, *Prime note sui profili tributari del contratto di rete*, in *Innovazione e Diritto*, 2011, 6, 29 ss., secondo il quale «l'obiettivo di favorire la "aggregazione" tra imprese mediante agevolazioni di natura fiscale ha costituito negli ultimi anni una costante».

¹⁹⁴ Le agevolazioni per le reti d'impresa sono state previste dall'art. 42 della l. n. 122/2010, ai commi: 2-*quater*, 2-*quinquies*, 2-*sexies* e 2-*septies* che disciplinano i profili fiscali e da alcune circolari dell'Agenzia delle entrate che hanno chiarito alcuni aspetti essenziali; ad esempio la circolare n. 4/E, del 15 febbraio 2011, ha stabilito che l'agevolazione spettava esclusivamente ai fini dell'imposta sui redditi (IRES e IRPEF) e non sull'IRAP. I benefici, introdotti dal legislatore per favorire la diffusione del contratto di rete, rispondevano all'obiettivo promozionale della disciplina.

¹⁹⁵ La sospensione valeva esclusivamente in sede di versamento del saldo delle imposte sui redditi, mentre per il periodo successivo, l'acconto era calcolato come se la sospensione non fosse stata prevista. Nel caso in cui veniva meno l'adesione al contratto di rete, o la riserva era utilizzata per scopi diversi dalla copertura di perdite, l'impresa decadeva dal regime di sospensione dell'imposta e gli utili accantonati in precedenza concorrevano alla regolare formazione del reddito.

¹⁹⁶ La riserva doveva essere rappresentata in bilancio separatamente al fine di vincolarla esclusivamente alla realizzazione degli interventi previsti dal programma comune. Inoltre, in nota integrativa si fornivano informazioni dettagliate sulla riserva e sul relativo utilizzo.

realizzazione di investimenti previsti dal programma comune, preventivamente asseverato da organismi abilitati¹⁹⁷.

Determinante per dare attuazione al contratto di rete - al fine di beneficiare delle agevolazioni fiscali - è stata l'approvazione del DM del 25 febbraio 2011¹⁹⁸, che ha disciplinato l'asseverazione del programma¹⁹⁹, stabilendo i requisiti degli organismi, espressione dell'associazionismo imprenditoriale, abilitati alla procedura; (*ex art. 42, comma 2-quater*, l. n. 122/2010).

La nuova norma sul contratto di rete definisce una nuova fattispecie negoziale, ma non esaurisce la tipologia: altri contratti di rete sono possibili. Fattispecie, dunque e non tipo, secondo l'opinione prevalente²⁰⁰. La legge infatti non individua - come d'uso nei tipi legali - specifiche prestazioni, diritti, doveri, ma piuttosto fa riferimento ad uno scopo ed a certe modalità di perseguirlo, lasciando alle parti, in quei limiti, ampia facoltà di assemblare elementi di coordinamento, di scambio, di sinergia, di condivisione, di unità e di separazione. Non vi è perciò un unico modo di creare una rete.

A pochi anni dalla sua introduzione, il contratto di rete continua a essere al centro²⁰¹ delle politiche legislative del nostro Paese²⁰² e dell'attenzione degli operatori economici, a dimostrazione dell'importanza che la nuova modalità di aggregazione ha progressivamente assunto per le piccole e medie imprese (Pmi), considerate volano per lo sviluppo.

¹⁹⁷ Il beneficio delle agevolazioni fiscali è stato concesso a condizione che le somme accantonate fossero destinate «al fondo patrimoniale comune o al patrimonio destinato all'affare» nel limite di 1.000.000 di euro per ciascuna impresa, con l'obiettivo di realizzare entro l'esercizio successivo gli investimenti previsti dal programma di rete. Il *plafond* massimo stanziato dal legislatore è stato pari a 20 milioni di euro per l'anno 2011, e 14 milioni di euro per gli anni 2012 e 2013. Il rispetto di tale limite è stato assicurato dall'Agenzia delle entrate che ha emanato annualmente un provvedimento, con il quale stabiliva, sulla base del rapporto tra risorse stanziate (il *plafond*) e l'ammontare del risparmio d'imposta richiesto, la percentuale massima del beneficio accordata a ciascuna impresa. Tuttavia, nonostante il raggiungimento della scadenza prevista per le agevolazioni fiscali, le imprese continuano ad aderire a contratti di rete. Pertanto, da più parti - anche a livello ministeriale - si è manifestato l'interesse per il rinnovo di tali benefici.

¹⁹⁸ Decreto Ministeriale del 25 febbraio 2011 del MEF, in *G.U.*, 31 marzo 2011 n. 74.

¹⁹⁹ L'asseverazione del programma di rete aveva un ruolo fondamentale per il godimento delle agevolazioni fiscali, costituendo condizione necessaria affinché le imprese partecipanti potessero beneficiare della sospensione d'imposta per gli utili accantonati a riserva. L'attività di controllo sulla realizzazione effettiva degli investimenti previsti dal programma spettava invece all'Agenzia delle entrate, (art. 6, DM 25/2/2011), che, a tale scopo, ha attivato tre procedure di verifica. L'Agenzia controllava, dapprima, se le imprese avessero ottenuto l'asseverazione del programma da parte degli organismi abilitati; quindi se avessero accantonato ad apposita riserva gli utili d'esercizio, ed infine se essi avessero destinato il corrispondente importo alla realizzazione degli investimenti previsti dal programma comune di rete, anche grazie al supporto degli organismi di asseverazione sulla base di specifici accordi.

²⁰⁰ Si è parlato per questo caso (come per altri: subfornitura, affiliazione commerciale) di contratto trans-tipico, cioè individuato dalla funzione e non dallo schema (in tal senso soprattutto F. Cafaggi, *Il nuovo contratto di rete: Learning by doing?*, in questa Rivista, 2010, 1144).

²⁰¹ F. CAFAGGI e C. FERRARI, *Reti di imprese e contratti di rete. Ripensare la governance alla luce della prassi*, in *Il contratto di rete. Nuovi strumenti contrattuali per la crescita d'impresa. Gli atti del convegno*, 10 ss., Milano, 2012, 102, che considerano la disciplina del contratto di rete «un'innovazione sul piano sistematico, pur con tutte le debolezze derivanti dalla lacunosità ed imprecisione del testo». La prima formulazione della disciplina aveva suscitato in dottrina critiche incisive. Cfr. E. BRIGANTI, *La Nuova legge sui «contratti di rete» tra le imprese: osservazioni e spunti*, in *Notariato*, 2010, 2, 191 ss., che rilevava come «più che intervenire nell'intento di disciplinare una nuova tipologia, il legislatore avrebbe provveduto a introdurre una nuova definizione»; ampiamente V. CUFFARO, *Contratti di impresa e contratti tra imprese*, in *Corr. mer.*, 2010, 7 ss.; nello stesso senso, M. GRANIERI, *Il contratto di rete: una soluzione in cerca del problema?*, in *I Contratti*, 2009, 10, 934 ss.

²⁰² Il lavoro del legislatore è stato definito «instancabile» da F. CAFAGGI, P. IAMICELI, e G. D. MOSCO, *Gli ultimi interventi legislativi sulle reti*, in F. CAFAGGI, P. IAMICELI, e G.D. MOSCO (a cura di), *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, Milano, 2012.

L'istituto del contratto di rete è soggetto a continue modifiche: ultima quella apportata dalla legge n. 134/2012, conversione del D.L. 83/2012 cd. Decreto Sviluppo, che ha novellato il contratto sotto il profilo della responsabilità patrimoniale, sotto il profilo delle modalità di redazione ed in particolare sotto il profilo della soggettività della rete. Tali decreti hanno previsto importanti novità - attribuendo alle reti dotate di fondo patrimoniale e organo comune la possibilità di acquistare soggettività giuridica²⁰³ mediante l'iscrizione nel Registro delle imprese; di partecipare a bandi pubblici, nonché prevedendo semplificazioni connesse alla redazione del contratto - che stanno determinando il successo della fattispecie.

Il legislatore ha dimostrato la fiducia e la considerazione nei confronti delle reti inserendole costantemente negli interventi normativi del 2012, varati dal Governo tecnico, per tutelare le Pmi e promuovere la crescita. Il d.l. n. 95/2012²⁰⁴ (cd. decreto *Spending-Review*) convertito con modificazioni nella l. n. 135/2012²⁰⁵, modificando il Codice degli Appalti (d. Lgs. n. 163/2006²⁰⁶), ha stabilito, all'art. 1, il divieto da parte della Pubblica Amministrazione, pena l'illegittimità del bando, di prevedere limiti di accesso connessi al fatturato aziendale, che escludano, di fatto, le piccole entità.

Nel corso dell'estate del 2012, inoltre, sono stati emanati provvedimenti²⁰⁷ volti, sia a favorire la crescita, lo sviluppo e la competitività del «Sistema Italia», sia ad affrontare l'attuale situazione di crisi internazionale.

Il primo d.l. Sviluppo, oltre a concedere soggettività giuridica alla rete, persegue l'obiettivo di semplificarne la costituzione, sia attraverso l'utilizzo di un modello standard di contratto tipizzato²⁰⁸, sia

²⁰³ Sebbene il legislatore abbia stabilito che la rete può assumere soggettività giuridica, nulla è stato previsto per quella tributaria. Le reti, infatti, non possono ancora qualificarsi come soggetti dal punto di vista tributario, e perciò, nonostante le sempre più numerose istanze all'Agenzia delle Entrate, non possono essere dotate di partita iva.

²⁰⁴ D.l. n. 95 del 6 luglio 2012, recante: «*Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini*», pubblicato in *G.U.* n. 156 del 6 luglio 2012, suppl. ord. n. 141.

²⁰⁵ Legge n. 135 del 7 agosto 2012, di conversione del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, pubblicata in *G.U.* n. 189 del 14 agosto 2012, suppl. ord. n. 173.

²⁰⁶ L'art. 1, comma 2, modifica l'art. 2, comma 1-*bis* del d. lgs. n. 163 del 12 aprile 2006, recante: «*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*», pubblicato in *G.U.* n. 100 del 2 maggio 2006, suppl. ord. n. 107. Il comma 1-*bis* viene novellato inserendo esplicitamente la previsione che: «i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese».

²⁰⁷ Tra di essi il decreto sviluppo, la *Spending Review*, la Riforma del lavoro, la Riforma delle professioni e il decreto sviluppo-*bis*.

²⁰⁸ Il modello standard di contratto tipizzato - ad oggi, non ancora emanato - deve essere approvato con decreto del Ministro della Giustizia di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze e con il Ministro dello Sviluppo Economico, e essere dotato di un contenuto minimo che deve comprendere:

- a) il nome, la ragione o denominazione sociale di ogni partecipante per originaria sottoscrizione del contratto o per adesione successiva;
- b) gli obiettivi strategici perseguiti, e le modalità di misurazione dei risultati conseguiti;
- c) il programma di rete, con l'enunciazione dei diritti e degli obblighi assunti da ciascun partecipante, le modalità di realizzazione dello scopo comune e - qualora sia prevista l'istituzione di un fondo patrimoniale comune - la misura e i criteri di valutazione dei conferimenti iniziali e degli eventuali contributi successivi che ciascun partecipante si obbliga a versare al fondo, nonché le regole di gestione del fondo medesimo;
- d) la durata del contratto, le modalità di adesione di altri imprenditori e, se pattuite, le cause facoltative di recesso anticipato e le condizioni per l'esercizio del relativo diritto, ferma restando in ogni caso l'applicazione delle regole generali di legge in materia di scioglimento totale o parziale dei contratti plurilaterali con comunione di scopo;

prevedendo che il contratto possa essere redatto, per atto pubblico, per scrittura privata autenticata, o anche con firma digitale o elettronica autenticata da notaio o da altro pubblico ufficiale (ai sensi degli artt. 24 o 25 del d. lgs. n. 82/2005)²⁰⁹. Tuttavia le reti che vogliono acquisire la soggettività giuridica devono stipulare il contratto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, ovvero per atto firmato digitalmente a norma dell'articolo 25 del d. lgs. 82/2005, mentre è esclusa la possibilità di redigere l'atto con mera firma digitale (ex art. 24).

Nell'ottica della semplificazione, viene previsto anche un alleggerimento dell'obbligo pubblicitario per le modifiche contrattuali. Esse saranno depositate, a cura dell'impresa indicata nell'atto modificativo, presso il Registro delle imprese ove la stessa è iscritta, il quale provvederà a comunicare le variazioni agli altri uffici del Registro delle altre partecipanti alla rete.

Il d.l. Sviluppo stabilisce, inoltre, con l'obiettivo di ampliare il fenomeno aggregativo nel settore agricolo, la deroga delle disposizioni contenute nella legge n. 203/1982²¹⁰ (recante «*Norme sui contratti agrari*»), sancendo la possibilità anche per le attività agricole di mettersi in rete.

L'art. 66 (intitolato «reti di impresa»), inoltre, con l'obiettivo di fornire un'offerta integrata sul territorio nazionale e una promozione unitaria sui mercati internazionali, stabilisce la definizione di criteri e di modalità per la realizzazione di progetti pilota²¹¹, per promuovere la creazione di reti di impresa tra le aziende del comparto turistico del territorio nazionale, mettendo a sistema gli strumenti informativi di amministrazione, di gestione e di prenotazione dei servizi turistici.

Nel d.l. Sviluppo-*bis*, un altro aspetto affrontato dal legislatore, che necessitava di ulteriori chiarimenti concerne la *governance*²¹² ed in particolare il profilo del potere di rappresentanza dell'organo comune²¹³. Quest'ultimo agirà come rappresentante dell'aggregazione se essa ha acquistato la

e) se il contratto ne prevede l'istituzione, il nome, la ragione o denominazione sociale del soggetto prescelto per svolgere l'ufficio di organo comune per l'esecuzione del contratto o di una o più parti o fasi di esso, i poteri di gestione e rappresentanza conferiti a tale soggetto come mandatario comune, nonché le regole relative alla sua eventuale sostituzione durante la vigenza del contratto;

f) le regole per l'assunzione delle decisioni dei partecipanti su ogni materia o aspetto di interesse comune che non rientri nei poteri di gestione conferiti all'organo comune e - se il contratto prevede la modificabilità a maggioranza del programma di rete - le regole relative alle modalità di assunzione delle decisioni di modifica del programma medesimo.

²⁰⁹ D. lgs. n. 82 del 2005, recante «*Codice dell'amministrazione digitale*», pubblicato in *G.U.* n. 112 del 16 maggio 2005, suppl. ord. n. 93.

²¹⁰ La legge n. 203/1982 vieta la conclusione di accordi di associazione tra le imprese agricole. La deroga permette, quindi, al contratto di rete di espandersi in un settore molto parcellizzato con enorme bisogno di aggregazione.

²¹¹ I progetti pilota verranno realizzati con uno o più decreti del Ministro per gli Affari Regionali, il Turismo e lo Sport, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano.

²¹² La *governance* assume nella rete di imprese un'importanza assoluta per quanto riguarda l'attuazione del contratto e il raggiungimento degli obiettivi prefissati, poiché anche le cd. reti «leggere» hanno bisogno di un minimo di struttura organizzativa per operare. La *governance* di rete soffre, poi, la mancanza di disciplina, da parte del legislatore, che non menziona i diritti di «*exit*» ovvero di recesso ed esclusione ma neanche quelli di «*voice*» essenziali per il coordinamento della rete e per il monitoraggio sull'attuazione del programma. Questi aspetti necessari al fine del funzionamento della rete dovranno essere ben regolati - grazie all'autonomia privata - nel programma di rete per assicurare stabilità alle imprese partecipanti.

²¹³ La novella prevede all'art. 3, comma 4-*ter*, lett. e del d.l. n. 5/2009 che il potere di rappresentanza possa essere esercitato nelle procedure di programmazione negoziata con le pubbliche amministrazioni:

- inerenti ad interventi di garanzia per l'accesso al credito;

soggettività giuridica, mentre in caso negativo solo come rappresentante degli imprenditori; tuttavia, le parti sono libere di stabilire diversamente.

In tema di adempimenti pubblicitari, il decreto *bis*, modificando parzialmente il primo decreto sviluppo, stabilisce la possibilità, per la rete dotata di fondo ed organo comune, di iscriversi nella sezione ordinaria del Registro delle imprese nel luogo della sede di quest'ultima²¹⁴. La disciplina per quelle cd. «leggere» continua, invece, a prevedere l'iscrizione della rete da parte di ogni singolo partecipante nel Registro della propria circoscrizione. (Art. 3, comma 4-*quater*, l. n. 33/2009).

Le novità della legge di conversione, riguardano l'articolato normativo previsto, inizialmente, nel ddl semplificazioni²¹⁵, che consente alle reti di partecipare agli appalti della P.A., bloccato su un «binario morto» a causa della brusca interruzione della legislatura.

La disciplina della nuova tipologia aggregativa in materia di contratti pubblici era già prevista, come principio generale, dallo Statuto delle Imprese²¹⁶; tuttavia il legislatore non era ancora intervenuto nel dare esecuzione alla normativa. Le recenti modifiche hanno reso auspicabile l'introduzione di una disciplina di favore per l'accesso delle reti alle procedure di gara previste dal Codice dei Contratti Pubblici (d. lgs. 163/2006). Per questo motivo, l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici aveva inviato un atto di segnalazione²¹⁷ al Governo e al Parlamento, con il quale suggeriva un intervento normativo volto ad introdurre alcune regole basilari necessarie per permettere la partecipazione delle reti di impresa alle procedure di gara. Il parere positivo, concesso dall'Autorità, è motivato dalla convinzione che il contratto rappresenti la forma più flessibile e generale di associazione tra imprese, caratterizzato da un numero limitato di norme che hanno il solo scopo di assicurare la trasparenza e la stabilità delle relazioni contrattuali. Nonostante ciò, mediante la rete, viene instaurato un rapporto di collaborazione duraturo e continuativo, non limitato ad una specifica gara, (come nelle ATI²¹⁸) ma, al contrario, finalizzato al perseguimento di un programma di sviluppo di ampia portata che giustifica la sua introduzione nel Codice dei Contratti Pubblici.

- inerenti allo sviluppo del sistema imprenditoriale nei processi di internazionalizzazione e di innovazione previsti dall'ordinamento;

- di utilizzazione di strumenti di promozione e tutela dei prodotti e marchi di qualità o di cui sia adeguatamente garantita la genuinità della provenienza.

²¹⁴ Art. 36, comma 4, cassa la disposizione - introdotta dal d.l. Sviluppo - che aggiungeva all'art. 3, comma 4-*ter* del d.l. n. 5 del 2009 il punto 1 che stabiliva come «la pubblicità di cui al comma 4-*quater* si intende adempiuta mediante l'iscrizione del contratto nel Registro delle imprese del luogo dove ha sede la rete».

²¹⁵ Il ddl semplificazioni conteneva misure urgenti richieste dalle imprese. Il provvedimento sebbene varato dal Consiglio dei ministri il 16 ottobre 2012 non è mai stato presentato a causa del successivo scioglimento delle Camere. Alcuni aspetti, maggiormente sollecitati dalle imprese, sono stati, però, inseriti - sotto forma di emendamenti - in altri procedimenti legislativi trasformati, poi, in leggi.

²¹⁶ Cfr. art. 13, comma 2, lett. b) della legge 11 novembre 2011, n. 180.

²¹⁷ Atto di Segnalazione n. 2 del 27 settembre 2012 adottata ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera f), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

²¹⁸ F. GUERRERA, *La governance nei contratti di rete*, in *Il contratto di rete. Nuovi strumenti contrattuali per la crescita d'impresa. Gli atti del convegno*, 10 ss., Milano, 2012, afferma che «sebbene il contratto di rete abbia una causa "debole" essa è sufficientemente autonoma e distinguibile sia dalla *joint-venture* o dall'ATI, sia dal consorzio e dalla società consortile o dalla società cooperativa fra imprenditori, sia dalla società lucrativa».

La legge di conversione²¹⁹ è intervenuta seguendo il parere dell’Autorità di vigilanza ed ha inserito le reti tra i soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici²²⁰, applicando le disposizioni, in quanto compatibili, previste per i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari²²¹.

L’ultimo intervento normativo è contenuto nella legge di stabilità 2013²²². Grazie a tale provvedimento, la rete viene inserita tra gli istituti che possono richiedere un credito d’imposta per investire in ricerca e sviluppo direttamente o tramite Università, Enti pubblici di ricerca o organismi di ricerca. Tale riferimento costituisce un fattore rilevante, considerando che l’art. 3 comma 4-ter del d.l. 5/2009 stabilisce che lo scopo del contratto è aumentare la capacità innovativa della rete sul mercato.

La promozione della rete è un obiettivo ben presente a livello legislativo; è significativo che l’ultima bozza dell’*Investment compact* (il nuovo decreto sviluppo che dovrebbe essere approvato in questi giorni dal Governo) prevede l’introduzione dell’*Industrial development bond*, cioè di obbligazioni emesse da reti dotate di soggettività giuridica e tributaria, finalizzate a progetti di investimento, pari almeno a 5 milioni di euro, per consolidamento della catena di fornitura, digitalizzazione, ottimizzazione finanziaria dei rapporti di credito, internazionalizzazione, innovazione e ricerca di tipo industriale. Inoltre, per incentivare la loro diffusione, i proventi che deriveranno da questo strumento saranno assoggettati alla stessa aliquota di tassazione dei titoli di Stato. Il decreto dovrebbe, inoltre, rifinanziare la sospensione di imposta sugli utili che le imprese destinano alle attività oggetto del programma comune di rete. L’incentivo risulterebbe, tuttavia, modificato rispetto al vecchio regime, poiché limitato alle reti dotate di soggettività giuridica e tributaria.

8. Disciplina attuale del contratto di rete

Il contratto di rete, introdotto recentemente nel nostro ordinamento giuridico, è disciplinato dall’art. 3, commi 4-ter, 4-quater, 4-quinquies, della Legge n. 33 del 9 aprile 2009, di conversione del D.L. n. 5 del 10 febbraio 2009²²³, successivamente modificato dall’art. 42 della l. n. 122/2010, di conversione del d.l. n. 78/2010²²⁴ recante “*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*”, che ha ridefinito la controversa fattispecie con una normativa più ampia²²⁵, che delinea con maggiore

²¹⁹ Art. 36, comma 5-bis, lett. a e b della l. n. 221/2012.

²²⁰ Aggiungendo, all’art. 34 del d. lgs. n. 163/2006, la lett. e-bis.

²²¹ Aggiungendo, all’art. 37 del d. lgs. n. 163/2006, il comma 15-bis.

²²² Legge del 24 dicembre 2012 n. 228, recante: «*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*» (Legge di stabilità 2013), in G.U. n. 302 del 29 dicembre 2012, suppl. ord. 212.

²²³ D.L. 10 febbraio 2009, n. 5 recante: *Misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi*, convertito con modificazioni nella legge 9 aprile 2009, n. 33, in G.U., 11 aprile 2009 n. 85, suppl. ord. n. 49.

²²⁴ D.L. 31 maggio 2010, n. 78 recante: *Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*, convertito con modificazioni nella legge 30 luglio 2010, n. 122, in G.U., 30 luglio 2010 n. 176, suppl. ord. n. 174.

²²⁵ In riferimento alla disciplina precedente, la dottrina più attenta sottolineava come “più che intervenire nell’intento di disciplinare una nuova tipologia, il legislatore avrebbe provveduto ad introdurre una nuova definizione”; cfr. E. BRIGANTI, *La Nuova legge sui “contratti di rete” tra le imprese: osservazioni e spunti*, cit. 191.

chiarezza l'ambito di applicazione e la disciplina del "modello legale"²²⁶ di aggregazione e collaborazione tra imprese. Il contratto è stato, poi, ulteriormente novellato dai d.l. 83 e 179 del 2012 e dalle loro leggi di conversione (l. n. 134/2012 e l. n. 201/2012 c.d. Decreti Sviluppo e Sviluppo-bis).

L'istituto consiste in un accordo con il quale più imprenditori si impegnano a collaborare al fine di accrescere, sia individualmente che collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato. A tale scopo, con il contratto di rete le imprese si obbligano, sulla base di un programma comune, a:

- collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie attività; o
- scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica;

ovvero

• esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa, (così come modificato dall'art. 42, comma 2-*bis* della l. n. 122/2010).

La suddivisione fra reti contrattuali a rilevanza interna e reti associative a rilevanza esterna pone il problema della rete come "autonomo soggetto di diritto"²²⁷.

La questione della soggettività giuridica della rete di impresa ha una forte rilevanza concreta, poiché affermare che la rete assume rilevanza unitaria e autonoma rispetto ai soggetti che se ne avvalgono significa considerarla capace di:

- assumere in proprio la qualifica di imprenditore (art. 2082 c.c.), con conseguente applicabilità dello statuto dell'imprenditore commerciale (se non svolge attività agricola), della disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali e delle scritture contabili;
- acquisire la proprietà dei beni conferiti dai soci o acquistati dai soggetti che la rappresentano;
- obbligarsi nei confronti dei terzi, senza che l'assunzione di debiti implichi di per sé la responsabilità dei suoi membri;
- essere riconoscibile come figura autonoma agli occhi delle istituzioni bancarie e finanziarie e delle pubbliche amministrazioni, suscettibile di essere valutata distintamente rispetto agli imprenditori che la compongono (e di poter eventualmente essere destinataria di un *rating* di rete).

8.1 la disciplina del contratto di rete ante-riforma

²²⁶ Cfr. G. GENTILI, *Il contratto di rete dopo la l. n. 122 del 2010*, in *I contratti*, 6, 2011, 617, che sottolinea come le norme sul contratto di rete non esauriscono la tipologia, poiché altri contratti di rete sono possibili, grazie all'autonomia privata. In sostanza, "la legge offre un modello privilegiato, e specifici incentivi".

²²⁷ Sul tema della soggettività delle reti v. per tutti M. BIANCA, *Il contratto di rete. Il regime patrimoniale delle reti*, in *I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, cit.

Analizzando la disciplina del contratto di rete ante-riforma si individuano sia degli elementi a favore della soggettività della rete, almeno di quella associativa, sia delle lacune che pongono in dubbio il suo riconoscimento:

- gli elementi a favore della soggettività del contratto di rete erano contenuti nel comma 4-ter lett. c) relativo alla previsione di un fondo patrimoniale, seppur facoltativo, come patrimonio distinto rispetto ai patrimoni personali dei membri, come indicato nel rinvio agli artt. 2614 e 2615 c.c., e la qualificazione degli apporti dei partecipanti alla rete in termini traslativi di “conferimento”;
- di contro mancavano nella regolazione di tale contratto le previsioni in tema di sede e denominazione della rete, così come la disciplina della rappresentanza, dato che nel comma 4-ter lett. e) si parlava di rappresentanza degli imprenditori partecipanti al contratto, “anziché di rappresentanza della rete in quanto tale. Inoltre il legislatore prevedeva che il contratto di rete doveva essere iscritto nel registro delle imprese all’interno delle posizioni già aperte in nome delle imprese aderenti alla rete e non in una posizione autonoma e creata in nome dell’ente”²²⁸. Mancava anche l’obbligo di redazione di un bilancio della rete.

La dottrina aveva assunto così posizioni differenti riguardo alla soggettività giuridica delle reti: secondo alcuni interpreti²²⁹ le reti di coordinamento o di scambio sarebbero state prive delle condizioni minime per essere oggetto di entificazione e si sarebbero relazionate con i terzi come pluralità di soggetti aderenti al contratto di rete, mentre le reti di tipo associativo sarebbero state una figura dotata di rilievo meta-individuale, distinta dai propri membri e con propria soggettività.

A tal proposito si affermava che: “[...] l’alternativa è fra reti contrattuali “leggere” prive di soggettività e dotate di un fondo comune in regime di mera comunione e privo di autonomia patrimoniale, e reti (associative) dotate di un certo grado di autonomia patrimoniale e dunque atte a rappresentare un nuovo centro di interessi, di diritti e responsabilità, grazie all’applicazione degli artt. 2614 e 2615 c.c. [...]”²³⁰.

Questa lettura tuttavia non era universalmente accettata, come testimonia la posizione adottata dal Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, nella stesura delle Linee Guida per i contratti di rete, in cui veniva sostenuta la tesi di non entificazione della rete in tutti i casi.

Il legislatore italiano è intervenuto così sulla questione con l’art. 45 della legge del 7 agosto 2012, n. 134, il cui secondo comma recita: “[...] se è prevista la costituzione del fondo comune, la rete può iscriversi nella sezione ordinaria del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sua sede; con l’iscrizione nel registro delle imprese la rete acquista soggettività giuridica”.

²²⁸ M. F. POLIDORO, *La rete di imprese*, Marzo 2014, in <http://www.bo.camcom.gov.it/seminari/archivio-materiale-seminari/2014/13-maggio-2014-2013-appuntamento-con-le-reti-d2019impresa-conoscere-per-unirsi-conoscere-per-crescere/la-rete-di-imprese-istruzioni-per-luso>

²²⁹ P. IAMICELI, *Il contratto di rete tra percorsi di crescita e prospettive di finanziamento*. I contratti, 946, ottobre 2009 ; G. PALMIERI, *Profili generali del contratto di rete*, pubblicato in A.I.P. *Reti d’impresa: profili giuridici, finanziamento e rating*. Milano: Il Sole 24 Ore S.p.A.

²³⁰ P. IAMICELI, op.cit., 946.

“Ogni rete quindi, se dotata di un fondo patrimoniale, diviene un autonomo soggetto di diritto”²³¹, indipendentemente dal fatto che sia di tipo associativo o contrattuale. Questa previsione si è accompagnata alla contestuale eliminazione dei fattori che portavano a dubitare di tale qualità: nell’art. 45 si prevede infatti che:

- la rete dotata di fondo comune abbia una propria denominazione e una propria sede;
- l’organo comune agisca in rappresentanza della rete medesima e sia incaricato di redigere una situazione patrimoniale;
- l’iscrizione nel registro delle imprese avvenga nella circoscrizione dove è stabilita la sede della rete.

Tale articolo quindi, pur non indicandolo esplicitamente, sembrerebbe sostenere la tesi secondo cui il contratto di rete è dotato di soggettività giuridica.

9. Reti “leggere” e reti “pesanti”

Nel corso dell’ultimo anno le reti sono state protagoniste di specifici provvedimenti legislativi finalizzati a chiarire alcuni aspetti controversi²³² e ad inquadrare il fenomeno reticolare nell’ordinamento giuridico²³³. La disciplina che ne è scaturita dà attuazione ad una fra le politiche industriali di lungo periodo²³⁴ più efficaci degli ultimi anni²³⁵.

Con le modifiche normative introdotte, il legislatore sposta l’attenzione dalla visione meramente contrattualistica della riforma del 2010 (rete-contratto), ad una prospettiva che pone al centro il profilo della soggettività giuridica della rete (rete-soggetto)²³⁶.

²³¹ M. ESPOSITO, *Il contratto di rete*, in *www.altalex.com*, 7, 2013.

²³² Difende l’operato del legislatore, G. PALMIERI, *Profili generali del contratto di rete*, cit., 6, il quale afferma che la normativa appare quasi priva di capacità distintiva, non per l’imperfetta tecnica redazionale ma per favorire l’estrema flessibilità che il legislatore ha voluto conferire.

²³³ Uno dei principali rilievi della dottrina alla prima formulazione della normativa, riguardava la mancanza di coordinamento sistematico tra la rete e gli altri statuti giuridici. Cfr., per tutti, E. BRIGANTI, *La Nuova legge sui «contratti di rete» tra le imprese: osservazioni e spunti*, cit., che sottolineava la necessità di «ripensare a nuovi equilibri tra la disciplina di settore e i principi generali del codice civile».

²³⁴ La rete rende possibile il raggiungimento di due obiettivi di politica industriale di grande rilevanza: migliorare il rapporto banche-imprese, attraverso un potenziamento delle possibilità di finanziamento per le Pmi, e sviluppare l’internazionalizzazione, aumentando la competitività del nostro sistema produttivo all’estero.

²³⁵ L’associazione Italiana Politiche Industriali (AIP) ha mostrato, sin dall’inizio, grande interesse per le reti di impresa, giudicando la disposizione normativa una novità fondamentale per la riorganizzazione del sistema industriale italiano, e curando la pubblicazione di diversi studi sull’argomento: *Reti d’impresa: profili giuridici, finanziamento e rating*, 2011; *Fare reti d’impresa*, 2009; *Reti d’impresa oltre i distretti*, 2008; *Modelli di crescita delle Pmi*, 2007.

²³⁶ La visione contrattualistica dell’istituto emerse dopo la riforma del 2010. Cfr. M. BIANCA, *Il regime patrimoniale delle reti*, cit., 14, che rilevava come «il legislatore abbia privilegiato palesemente il modello contrattuale rispetto al modello organizzativo». Sul punto, cfr. F. CAFAGGI, P. IAMICELI, e G. D. MOSCO, *Gli ultimi interventi legislativi sulle reti*, cit., 490, che sostengono come «il legislatore dopo la “virata contrattualistica” della riforma del 2010, ora ha enfatizzato la possibilità di una rete soggettivata». Non si tratterebbe di «una metamorfosi del contratto di rete da fattispecie meramente contrattuale a fattispecie organizzativa, bensì di un rafforzamento dell’autonomia negoziale delle parti, che del resto è andato oltre la stessa contrapposizione tra rete con soggettività e rete che ne è priva». Sottolinea G. PALMIERI, *Relazione al Convegno Reti di impresa e soggettività giuridica, le novità istituzionali e normative, le azioni di supporto in atto, il gradimento/le difficoltà degli utenti*, Milano,

La nuova disciplina delinea due fattispecie²³⁷: una forma aggregativa non soggettivata senza organo comune e fondo patrimoniale²³⁸ - rete contratto (c.d. rete leggera) - ed una seconda - rete soggetto (c.d. rete pesante) - provvista di entrambi.

I decreti «Sviluppo» del 2012 costituiscono un tassello fondamentale in questo percorso di trasformazione, che ha portato alla modifica dei commi 4-ter e 4-quater dell'art. 3 del d.l. n. 5/2009, attribuendo alle reti c.d. pesanti la possibilità di acquistare la soggettività giuridica²³⁹.

Con il primo intervento, del giugno 2012²⁴⁰, il legislatore ha avviato il processo di ridefinizione dei contenuti qualificanti del contratto di rete²⁴¹, ampliandone significativamente la portata²⁴² mediante l'attribuzione automatica della soggettività alle reti dotate di organo comune e fondo patrimoniale.

L'art. 45 del primo decreto Sviluppo stabilisce, infatti, che i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo comune per le obbligazioni contratte dall'organo comune in relazione al programma di rete. A tale organo viene assegnato l'obbligo di redigere la situazione patrimoniale entro due mesi dalla chiusura dell'esercizio annuale, osservando, in quanto compatibili, le disposizioni relative al bilancio di esercizio delle società per azioni²⁴³.

La situazione patrimoniale dovrà essere depositata presso l'ufficio del Registro delle imprese del luogo ove la rete ha sede, ai sensi, in quanto compatibile, dell'articolo 2615-bis del Codice Civile.

La disposizione risponde a un'esigenza fortemente avvertita nel mondo imprenditoriale che guardava con favore alla possibilità di individuare la rete come figura autonoma rispetto ai membri che la compongono, in grado di:

a) assumere, in proprio, in virtù dell'attività economica esercitata, la qualità di imprenditore (art. 2082 c.c.), con conseguente applicabilità alla stessa dello statuto dell'imprenditore commerciale (se

14 gennaio 2013, che «la vera novità giuridica delle reti di impresa è di disporre della flessibilità organizzativa delle società di persone e la responsabilità limitata delle società di capitale».

²³⁷ La doppia identità del contratto di rete, ovvero la rete-soggetto e la rete-contratto è stata messa in evidenza da diversi autori; cfr. tra gli altri F. CAFAGGI e C. FERRARI, *Reti di imprese e contratti di rete. Ripensare la governance alla luce della prassi*, cit., 119, che sottolineano «l'arricchimento della disciplina del contratto di rete, poiché il legislatore offre alle imprese un'opzione ulteriore rispetto a quelle preesistenti, senza che queste ultime subiscano limitazioni o contrazioni».

²³⁸ Il fondo patrimoniale rimane, anche dopo le recenti modifiche, un elemento non obbligatorio del contratto di rete.

²³⁹ Cfr. F. CAFAGGI, P. IAMICELI, e G. D. MOSCO, *Gli ultimi interventi legislativi sulle reti*, cit., 490, che sostengono come «i profili destinati a suscitare maggiore attenzione, almeno sul piano della ricostruzione sistematica dell'istituto sono quelli della soggettività e della responsabilità patrimoniale».

²⁴⁰ D. L. n. 83 del 22 giugno 2012, recante «Misure urgenti per la crescita del Paese», pubblicato in *G.U.* n. 147 del 26 giugno 2012, suppl. ord. n. 129, convertito con modificazioni dalla l. n. 134 del 7 agosto 2012, in *G.U.* n. 187 dell'11 agosto 2012, suppl. ord. n. 171.

²⁴¹ Con questo intervento il legislatore sopperisce a varie lacune, ampliando la disciplina dedicata al contratto di rete. Cfr. O. DE CICCO, *Organizzazioni imprenditoriali non societarie e responsabilità*, Napoli, 2012, 90, che cita tra le modifiche più rilevanti la rendicontazione finanziaria, l'autonomia patrimoniale e soprattutto il riconoscimento della soggettività giuridica.

²⁴² Cfr. M. BIANCA, *Il regime patrimoniale delle reti*, cit., 19, secondo la quale «rispetto ad altre forme più deboli di aggregazione di imprese come per esempio le Ati, la rete appare dotata di un regime di autonomia patrimoniale che sicuramente le conferisce maggiore sicurezza ed affidabilità».

²⁴³ La mancanza di disciplina in tema di documentazione contabile era stata segnalata dalla dottrina, che la riteneva una grave lacuna; cfr. M. BIANCA, *Il regime patrimoniale delle reti*, cit., secondo la quale «nel silenzio del legislatore, al fine di rendere questo strumento di destinazione patrimoniale maggiormente appetibile e concreto, dovrebbero prevedersi forme adeguate di contabilità, secondo un'esigenza che è propria di tutti i patrimoni destinati».

l'attività d'impresa esercitata non è agricola), ivi compresa la disciplina del fallimento (e delle altre procedure concorsuali), e delle scritture contabili;

b) acquisire la proprietà di beni conferiti (a titolo reale) dai soci o acquistati dai soggetti che la rappresentano (che non sono dunque in comproprietà degli imprenditori aderenti alla rete);

c) obbligarsi nei confronti di terzi, senza che ciò implichi di per sé responsabilità dei suoi membri.

L'unificazione soggettiva costituisce, poi, sul piano operativo, requisito fondamentale nel traffico commerciale, in quanto rende la rete riconoscibile agli occhi delle istituzioni bancarie.

A distanza di pochi mesi, il legislatore è intervenuto nuovamente, con il d.l. Sviluppo-*bis*²⁴⁴ che, oltre a chiarire alcuni passaggi tecnici della l. n. 134/2012 (di conversione del primo «d.l. Sviluppo»), modifica la disciplina che attribuiva automaticamente soggettività giuridica alle reti dotate di fondo patrimoniale e di un organo comune, novellando espressamente l'art. 3, comma 4-*ter* della l. n.33/2009.

Il nuovo provvedimento, accogliendo le istanze della dottrina che auspicava maggiore flessibilità²⁴⁵, rende opzionale l'acquisto della soggettività, stabilendo che la rete, anche se il contratto che la istituisce prevede la costituzione di un organo comune e di un fondo patrimoniale, non costituisce un soggetto giuridico distinto dalle imprese partecipanti²⁴⁶, ma ha la possibilità di diventarlo²⁴⁷, mediante l'iscrizione nella sezione ordinaria del Registro delle imprese²⁴⁸ nella cui circoscrizione è stabilita la sua sede, con tutte le implicazioni che derivano dall'acquisto della soggettività nei rapporti con i terzi²⁴⁹.

I riflessi di tutte le modifiche apportate all'istituto si possono analizzare attraverso lo studio degli elementi essenziali ed accidentali del contratto di rete.

²⁴⁴ D.l. n. 179 del 18 ottobre 2012, recante: «Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese», pubblicato in G.U. n. 245 del 19 ottobre 2012, suppl. ord. n. 194, e convertito con modificazioni dalla l. n. 221 del 17 dicembre 2012, in G.U. n. 294 del 18 dicembre 2012, suppl. ord. n. 208.

²⁴⁵ Cfr. A. PISANI MASSAMORMILE, *Profili civilistici del contratto di rete*, in *Riv. di Dir. Priv.*, 2012, 3, 353 ss., che considera la soggettività della rete un problema fondamentale da affrontare per il funzionamento dell'istituto, costituendo «il (forse misterioso) oggetto del desiderio delle istanze sociali che reclamavano l'intervento legislativo sulla rete e dall'altro l'altalenante obiettivo (e forse incubo) del legislatore storico».

²⁴⁶ Cfr. M. SCIUTO, *Imputazione e responsabilità nelle "reti di imprese" non entificate (ovvero del patrimonio separato incapiente)*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2012, 3, 445 ss., che qualifica il fondo patrimoniale comune come un patrimonio in contitolarità degli imprenditori stipulanti, escludendo la soggettività della rete. L'autore afferma, infatti, che «l'attività posta in essere con terzi in esecuzione di un contratto di rete non possa riferirsi ad un *ens tertium*».

²⁴⁷ Il primo decreto sviluppo stabiliva in *default* la soggettività giuridica per le reti dotate sia di fondo patrimoniale sia di organo comune. Il decreto sviluppo-*bis*, viceversa, prevede esplicitamente che il contratto di rete con organo comune e fondo patrimoniale non è dotato di soggettività giuridica, salva la facoltà di acquisto della stessa ai sensi del comma 4-*quater* ultima parte.

²⁴⁸ Cfr. F. CAFAGGI, P. IAMICELI, e G. D. MOSCO, *Gli ultimi interventi legislativi sulle reti*, cit., 492, che sostengono come «per la prima volta nel nostro ordinamento si fa dunque discendere dall'iscrizione nel Registro delle imprese l'esistenza non di una persona giuridica, ma di un soggetto di diritto, qualifica fino a ora d'ambito dottrinale che, quando non viene usata con finalità omnicomprensive del fenomeno soggettività, è prerogativa di figure caratterizzate di fatto da elementi, patrimoniali e organizzativi, in grado di renderle centri unitari di imputazione e produzione».

²⁴⁹ Critico S. DELLE MONACHE, *La rete non è un soggetto distinto dalle imprese che partecipano*, in *Ilsole24ore*, 5 febbraio 2013, che sottolinea come «l'organo comune, in presenza di una rete entificata, spende il nome della rete, intesa come soggetto distinto dalle singole imprese partecipanti, impegnandone in tal modo la responsabilità. La garanzia patrimoniale offerta ai terzi, coerentemente, sarà quella rappresentata dal fondo comune, ma con la possibilità per costoro, ai sensi dell'articolo 2615, comma 2, del Codice civile, di far valere la solidarietà nei confronti delle imprese per conto delle quali l'organo comune risulti aver agito».

10. Le agevolazioni concesse alle reti di impresa

In linea con l'obiettivo promozionale della normativa sulle reti di impresa, il legislatore ha concesso benefici fiscali, amministrativi, finanziari e di ricerca & sviluppo nell'arco dell'evoluzione normativa del contratto. La normativa sul contratto di rete si caratterizza per la presenza di una serie di vantaggi di varia natura riconosciuti alle imprese, sia individuali che collettive, che decidono di aderirvi, in fase di stipulazione del contratto o in un secondo momento.

Il legislatore ha infatti promosso il ricorso a tale fattispecie contrattuale sia prevedendo un incentivo di natura fiscale per le imprese partecipanti, consistente in un fondo in sospensione d'imposta sugli utili di esercizio, sia estendendo a tale contratto le agevolazioni di natura amministrativa, finanziaria e di ricerca e sviluppo previste per i distretti produttivi.

Questi benefici, secondo la *ratio* alla base dell'intervento legislativo, avrebbero permesso di superare il forte individualismo degli imprenditori italiani e la loro resistenza culturale a condividere le proprie conoscenze e risorse con altri soggetti, assicurando una cospicua adesione al contratto di rete da parte del mondo imprenditoriale.

“In realtà, la diffusione di tale tipologia di contratto, è dovuta non solo ai vantaggi amministrativi e finanziari propri dei distretti e degli sgravi fiscali, che del resto da soli non sono sufficienti a permettere alle società e agli imprenditori individuali di migliorare sensibilmente la propria *performance* nel mercato”²⁵⁰.

10.1 Le agevolazioni fiscali

L'intervento normativo del 2010 ha concesso incentivi, ormai scaduti, di cui si approfondirà in dettaglio infra. Gli ultimi provvedimenti normativi hanno riposto al centro dell'attenzione la questione dei benefici, tanto è vero che l'ultima bozza dell'*Investment compact* (il nuovo decreto sviluppo che dovrebbe essere approvato in questi giorni dal Governo), oltre a prevedere l'introduzione dell'*Industrial development bond*, - obbligazioni emesse da reti dotate di soggettività giuridica e tributaria e finalizzate a progetti di investimento per consolidare la catena di fornitura - contiene il rifinanziamento, per le reti dotate di soggettività giuridica e tributaria, della sospensione di imposta sugli utili che le imprese destinano alle attività oggetto del programma comune di rete.

10.2 Le agevolazioni di natura amministrativa e finanziaria.

²⁵⁰ Ministero dello Sviluppo Economico, *Osservatorio sui contratti di rete*, 2012.

La legge estende alle reti di imprese, mediante la tecnica del rinvio, le disposizioni di cui all'art. 1, comma 368, lett. b), c) e d), della legge 23 dicembre 2005, n.266, rubricata "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2006)", previa autorizzazione rilasciata con decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze Economico di concerto con il Ministero dello Sviluppo Economico, da adottare entro 6 mesi dalla relativa richiesta. Le disposizioni richiamate, riguardano alcune agevolazioni finanziarie (lett. b), amministrative (lett.c) e di ricerca e sviluppo (lett.a).

Con riferimento alle agevolazioni di natura amministrativa²⁵¹, la lettera b) del comma 368 prevede alcune semplificazioni nei rapporti con la pubblica amministrazione, attribuendo alle imprese appartenenti ai distretti (reti) la facoltà di "intrattenere rapporti con le amministrazioni e con gli enti pubblici"²⁵² per il tramite del distretto (rete). I procedimenti e le domande formulate dai distretti (reti) nell'interesse delle imprese partecipanti si intendono riferite, per gli effetti, alle medesime imprese e, qualora il distretto (rete) dichiara di aver verificato la sussistenza dei presupposti per l'avvio del procedimento amministrativo o per la sua conclusione, le pubbliche amministrazioni provvedono direttamente nei confronti delle imprese aderenti. Per lo svolgimento di tali attività da parte dei distretti (reti) è ammessa poi la "possibilità di comunicare anche in modalità telematiche con le pubbliche amministrazioni e con gli enti pubblici"²⁵³, nonché la facoltà di accedere alla banche dati delle amministrazioni.

Ai fini della semplificazione degli adempimenti burocratici posti a carico delle imprese che aderiscono ai distretti, la norma prevede la facoltà per il distretto di svolgere talune funzioni quali l'esecuzione, in nome e per conto dell'impresa, degli adempimenti burocratici connessi con lo svolgimento dell'attività, nonché la "certificazione" dell'esattezza dell'*iter* procedurale seguito; si prevede, inoltre, il riconoscimento ai distretti della facoltà di stipulare negozi di diritto privato per conto delle imprese ad essi aderenti sulla base delle norme civilistiche che disciplinano il mandato.

Si prevede poi che i distretti (reti) possano fungere da tramite per la presentazione, per mezzo di procedimenti collettivi, delle istanze di accesso alla fruizione di incentivi e di contributi regionali, nazionali e comunitari, essendo dotati di poteri di certificazione dei requisiti richiesti per l'ottenimento di tali contributi. Essi inoltre possono stipulare convenzioni con gli istituti di credito disciplinanti le garanzie da prestare per l'erogazione dei contributi soggetti a rimborso.

Le agevolazioni di carattere finanziario sono invece contenute nella lettera c) del comma 368 e hanno un duplice obiettivo: rendere più facile l'accesso al credito e il reperimento di risorse per le imprese appartenenti ai distretti e contenere il rischio di credito in capo agli istituti di credito che finanziano tali imprese.

²⁵¹ T.CERETTA, G. VECCHIATO, op.cit., 123.

²⁵² Art.1, Comma 368, lett.b.della l. n. 266/2005.

²⁵³ Art.1, comma 368, lett.d., l.n. 266/2005.

Per effetto del richiamo all'art. 1, comma 368, lett. c), nn. 1-5, della legge 266/2005, contenuto nella Legge, si applicano, così, al contratto di rete le seguenti agevolazioni finanziarie:

n.1) al fine di favorire il finanziamento dei distretti (reti) e delle relative imprese, con regolamento del Ministro dell'Economia e delle finanze, sentiti il Ministro delle attività produttive e la CONSOB, sono individuate le semplificazioni, con le relative condizioni, alle disposizioni della legge 30 aprile 1999, n.130, *applicabili alle operazioni di cartolarizzazione²⁵⁴ aventi ad oggetto crediti concessi da una pluralità di banche o intermediari finanziari alle imprese facenti parte della rete e ceduti a un'unica società cessionaria;*

“n.2) con il regolamento di cui al numero 1) vengono individuate le condizioni e le garanzie a favore dei soggetti cedenti i crediti di cui al numero 1) in presenza delle quali tutto o parte del ricavato dell'emissione dei titoli possa essere destinato al finanziamento delle iniziative delle reti e delle imprese delle *reti* beneficiarie dei crediti oggetto di cessione”;

n.3) *le disposizioni di cui all'articolo 7-bis²⁵⁵ della legge 30 aprile 1999, n.130, si applicano anche ai crediti delle banche nei confronti delle imprese facenti parte delle reti*, alle condizioni stabilite con il regolamento di cui al numero 1);

n.4) le banche e gli altri intermediari che hanno concesso crediti alle *reti* o alle imprese facenti parte delle *reti* e che non procedono alla relativa cartolarizzazione o alle altre operazioni di cui alla legge 30 aprile 1999, n.130, possono, in aggiunta agli accantonamenti previsti dalle norme vigenti, effettuare accantonamenti alle condizioni stabilite con il regolamento di cui al numero 1);

n.5) al fine di favorire l'accesso al credito e il finanziamento delle *reti* e delle imprese che ne fanno parte, con particolare riferimento ai progetti di sviluppo e innovazione, il Ministro dell'economia e delle finanze adotta o propone le misure occorrenti per:

5.1) assicurare il riconoscimento della garanzia prestata dai confidi²⁵⁶ quale strumento di attenuazione del rischio di credito ai fini del calcolo dei requisiti patrimoniali degli enti in vista del recepimento del Nuovo accordo di Basilea;

²⁵⁴ La cartolarizzazione dei crediti è l'operazione che mira allo smobilizzo di attività finanziarie illiquide di cui sia titolare una banca, un ente pubblico o un'impresa (*originator*) attraverso la loro cessione a un soggetto cessionario (*special purpose vehicle*), che provvede, per ripagare l'acquisto, alla cartolarizzazione emettendo titoli obbligazionari da collocare sul mercato dei capitali. Il amento dei titoli avviene mediante i flussi di cassa prodotti dai crediti oggetto di cessione.

²⁵⁵ L'art.7-bis citato, prevede l'applicazione dell'art.3, commi 2 e 3, dell'art.4 e dell'art.6, comma 2, legge 130/1999 alle operazioni aventi a oggetto, in particolare, le “cessioni di crediti fondiari e ipotecari, di crediti nei confronti delle pubbliche amministrazioni o garantiti dalle medesime, anche individuabili in blocco, nonché titoli emessi nell'ambito di operazioni di cartolarizzazione aventi ad oggetto crediti della medesima natura, effettuate da banche in favore di società il cui oggetto esclusivo sia l'acquisto di tali crediti e titoli, mediante l'assunzione di finanziamenti concessi o garantiti anche dalle banche cedenti, e la prestazione di garanzia per le obbligazioni emesse dalle stesse banche ovvero da altre”; a loro volta gli articoli come sopra richiamati dall'art.7-bis prevedono che :1.”i crediti relativi a ciascuna operazione costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello della società e da quello relativo alle altre operazioni”; 2. Le società per la cartolarizzazione dei crediti si costituiscono in forma di capitali; 3. “se la cessione ha per oggetto crediti derivanti dalle operazioni indicate negli articoli 15,16 e 19 del DPR 29 settembre 1973, n.601, continuano ad applicarsi le agevolazioni previste nel citato articolo 15”.

²⁵⁶ I “Confidi” sono consorzi di garanzia collettiva dei fidi che svolge attività di prestazione di garanzie per agevolare le imprese nell'accesso ai finanziamenti, a breve medio e lungo termine, destinati allo sviluppo delle attività economiche e

5.2) favorire il rafforzamento patrimoniale dei confidi e la loro operatività; anche a tal fine i fondi di garanzia interconsortile²⁵⁷ [...], possono essere destinati anche alla prestazione di servizi ai confidi soci ai fini dell'iscrizione nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n.385²⁵⁸.

5.3) agevolare la costituzione di idonee agenzie esterne di valutazione del merito di credito delle *reti* e delle imprese che ne fanno parte, ai fini del calcolo dei requisiti patrimoniali delle banche nell'ambito del metodo standardizzato di calcolo dei requisiti patrimoniali degli enti creditizi, in vista del recepimento del Nuovo accordo di Basilea;

5.4) favorire la costituzione da parte delle *reti*, con apporti di soggetti pubblici e privati, di fondi di investimento in capitale di rischio delle imprese che fanno parte della *rete*.

Tali previsioni non sono molto chiare, e occorrerà valutarne meglio la portata giuridica e operativa concreta. In particolare, tra l'altro, occorrerà chiarire :

- se ai fini delle procedure inerenti a interventi di garanzia per l'accesso al credito, la rete (dotata o meno di organo comune) si sostituisca agli organi amministrativi dei singoli partecipanti;
- se il fondo patrimoniale comune avrà una funzione di garanzia patrimoniale. Da approfondire, inoltre, sono le possibili modalità di partecipazione diretta dei confidi alle reti d'impresa.

10.3 Le agevolazioni in materia di ricerca & sviluppo

Per effetto del richiamo all'art.1, comma 368, lett. *d*), nn. 1-4 , della legge 266/2005, contenuto nella Legge, si applicano inoltre al contratto di rete le seguenti agevolazioni, in materia di ricerca e sviluppo:

1) “al fine di accrescere la capacità competitiva delle piccole e medie imprese e delle *reti*, attraverso la diffusione di nuove tecnologie e delle relative applicazioni industriali, è costituita l'Agenzia per la diffusione delle tecnologie per l'innovazione [...] l'Agenzia;

produttive. Tali soggetti di tipo associativo a carattere mutualistico, sono dotati di risorse proprie (cosiddetto fondo consortile) e svolgono in comune l'attività di prestazione di garanzie.

Dopo la riforma del 2010, i Confidi sono disciplinati dall'art. 112 TUB. Dal 1° gennaio 2008 la Banca di Italia ha emendato la normativa regolamentare che obbliga i confidi più importanti a divenire intermediari finanziari ex art.107 TUB, vigilati dalla Banca d'Italia; ne consegue un minor assorbimento del patrimonio di vigilanza delle banche, con vantaggi per le imprese garantite: le banche non possono sottostimare il rischio di controparte cui sono esposte quando si relazionano con soggetti che prestano l'attività di concessione di finanziamenti (ex nuovo art. 106 TUB) o di garanzia collettiva (ex nuovo art.112 TUB), e migliora quindi il rapporto tra i presidi di capitale della banca (che fornisce la provvista) e la rischiosità dei prestiti erogati ai clienti (dell'intermediario non bancario).

²⁵⁷ Si tratta dei fondi di garanzia interconsortile di cui al comma 20 dell'art.13 del DL 269/2003, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n.326.

²⁵⁸ L'art.10 , comma 9, del D.lgs. 13 agosto 2010, n.141, ha disposto che a decorrere dall'entrata in vigore del decreto stesso tutte le disposizioni legislative che quelle che fanno riferimento ai confidi iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 107 TUB, si intendono riferite ai confidi iscritti nell'albo previsto dall'articolo 106 TUB, come novellato dallo stesso decreto 141/2010 in esame.

2) l'Agenzia promuove l'integrazione fra il sistema della ricerca e il sistema produttivo attraverso l'individuazione, valorizzazione e diffusione di nuove conoscenze, tecnologie, brevetti e applicazioni industriali prodotti su scala nazionale e internazionale;

3) l'Agenzia stipula convenzioni e contratti con soggetti pubblici e privati che ne condividono le finalità;

4) l'Agenzia è soggetta alla vigilanza della Presidenza del Consiglio dei ministri che, con propri decreti di natura non regolamentare, sentiti il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, il Ministero dell'economia e delle finanze, il Ministero delle attività produttive, nonché il Ministro per lo sviluppo e la coesione territoriale e il Ministro per l'innovazione e le tecnologie, se nominati, definisce criteri e modalità per lo svolgimento delle attività istituzionali. Lo statuto dell'Agenzia è approvato dalla presidenza del Consiglio dei ministri.

Lo Statuto dell'Agenzia è stato approvato in data 4 marzo 2012 dal Consiglio di amministrazione della stessa.

Vale altresì menzionato il "Fondo Italiano di Investimento" (o "FFI"), istituito con Decreto del 10 marzo 2009 del Ministero dell'Economia e delle Finanze, e diretto a consentire, ai sensi dell'art. 1, comma 851, della legge 296/2006, la piena partecipazione delle PMI al sistema di proprietà industriale e il rafforzamento del brevetto italiano, nonché a favorire la trasferibilità dei titoli di proprietà industriale e la loro capacità di attrarre investimenti, anche all'estero.

Tali finalità sono perseguite attraverso l'attuazione di interventi tesi ad agevolare l'accesso delle PMI al capitale di rischio e di debito per il sostegno finanziario a progetti innovativi basati sull'utilizzo economico dei titoli della proprietà industriale. Il 30 dicembre 2009 sono entrati in vigore due interventi di attuazione relativi alle due macroaree citate: il finanziamento di debito (risorse disponibili 37,5 milioni di euro), e il capitale di rischio (risorse pari a 20 milioni di euro).

L'obiettivo degli interventi è di dare vita a un meccanismo di condivisione del rischio di credito e di investimento a favore delle banche e di altri intermediari finanziari che sovvenzionano progetti innovativi collegati ai brevetti, realizzando, in pratica, una corsia preferenziale e di garanzia per potenziare il trasferimento tecnologico delle imprese e lo sfruttamento industriale di brevetti.

I finanziamenti FII sono estesi anche alle imprese che partecipano a Contratti di rete, per la valorizzazione del brevetto, anche se non direttamente titolari del medesimo.

Nel caso in cui il progetto innovativo sia realizzato in forma congiunta tra PMI in forma di contratto di rete, occorre, dunque, che il programma di rete preveda espressamente lo scopo di sfruttamento economico di uno o più brevetti.

Nel rapporto Small Business Act 2010 del Ministero dello sviluppo Economico, formulandosi il testo della Proposta di Legge Annuale sulle PMI, al capitolo 4.1, riquadro 2 art.3, si stabilisce che il FII:

[...] si rivolge essenzialmente alle imprese italiane di piccole e medie dimensioni in fase di sviluppo e con ambizioni di crescita, interna ed esterna, con preferenza per lo sviluppo nell'ambito del commercio internazionale. Il Fondo investirà, di norma, in imprese con un fatturato indicativamente compreso tra euro 10.000.000,00 a euro 100.000.000,00 per singola impresa. *Nell'ipotesi di investimenti diretti nell'ambito di operazioni di aggregazione tra imprese, ai fini della verifica del limite di 10.000.000,00 di cui sopra, si terrà conto anche del totale aggregato risultante dall'operazione di aggregazione.* Il Fondo investirà essenzialmente in Italia, e, di norma, in imprese operanti nei settori dell'industria, del commercio e dei servizi e del terziario in generale, dotate di una buona solidità patrimoniale, di una adeguata redditività attuale e/o prospettica, e di un significativo potenziale di creazione di valore [...].

Il FII, quale investitore istituzionale, agisce ai fini predetti tramite una SGR (società di gestione del risparmio) denominata “Fondo Italiano d’Investimento SGR SpA, di cui fanno parte, con la stessa partecipazione (14,3%), il Ministero dell’Economia e delle Finanze, l’ABI, il Monte dei Paschi di Siena, Intesa San Paolo, Unicredit, Confindustria e la Cassa Depositi e Prestiti.

La FII SGR SpA investe anche in altre SGR. Al 31 dicembre 2011 il capitale gestito ammonta a 1.200 milioni di euro; nel 1° di attività sono stati operati investimenti diretti o indiretti per complessivi 417 milioni di euro.

Altro canale statale di finanziamento delle PMI aggregate in forma di contratto di rete è il “Fondo Nazionale Innovazione” istituito con Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 10 marzo 2009 con l’obiettivo di sostenere i progetti innovativi, anche in forma congiunta di contratti di rete, basati sull’utilizzo economico dei titoli di proprietà industriale. Il Fondo mira a sostenere le PMI, favorendo la trasferibilità dei titoli di proprietà industriale e aumentando la loro capacità di attrarre finanziamenti.

Le risorse finanziarie per l’innovazione saranno dunque disponibili anche per le imprese che partecipano a un contratto di rete relativo alla valorizzazione di uno o più brevetti, comprese quelle che ne sono direttamente titolari.

Il Fondo, che ha una dotazione di circa 60 milioni di euro, ha due linee di attività: una dedicata al capitale di rischio ossia investimenti in società di capitale (solo per brevetti), cui vengono assegnati 20 milioni di euro, e una dedicata ai finanziamenti in debito (per brevetti e design), cui vengono destinati 37,5 milioni di euro.

La sua attivazione è articolata in due fasi:

- individuazione dell’intermediario finanziario che realizza lo strumento attraverso una procedura a evidenza pubblica;
- apertura dello strumento finanziario alle imprese.

La Direzione generale tutela della contraffazione, Ufficio Italiano Brevetti e marchi ha pubblicato sulla GU, 14 febbraio 2011, n.19, l'avviso per l'individuazione di uno o più soggetti autorizzati all'esercizio dell'attività creditizia per la realizzazione di portafogli di finanziamento da erogare a PMI a fronte di progetti innovativi basati sull'utilizzo di brevetti.

I finanziamenti erogabili in base al bando in esame coprono investimenti in attivi materiali e immateriali e costi di servizi di consulenza prestati da consulenti esterni.

10.4 Altre agevolazioni finanziarie

10.4.1 Il finanziamento bancario

Numerosi sono i prodotti finanziari dedicati dal sistema bancario italiano alle reti di imprese, che prevedono la possibilità per i partecipanti delle stesse di usufruire di linee di finanziamento e/o prodotti dedicati, di regola ridotti rispetto a quelli praticabili a imprese o società non aggregate da contratto di rete.

Tra i principali prodotti sul mercato si ritrovano quelli di Cassa di Risparmio del Veneto, Intesa San Paolo, Unicredit, BNL, Antonveneta, soggetti a loro volta convenzionati con alcune associazioni di categoria imprenditoriali, e i cui finanziamenti presuppongono, in determinate situazioni, anche apposite garanzie Confidi.

10.4.2 I finanziamenti regionali e locali

La legge costituzionale del 3/2001, modificando l'art.117 della Costituzione, ha attribuito alla competenza legislativa concorrente delle Regioni la materia del "sostegno all'innovazione per i settori produttivi", cosicché le Regioni hanno potuto dotarsi di propri strumenti legislativi di sostegno finanziario ai distretti produttivi e/o alle reti di impresa.

Valide normative sono state emanate, per esempio, dalla Regione Lombardia e dalla Provincia Autonoma di Trento, dalla Regione Veneto, e sono ormai numerose le iniziative intraprese da altre Regioni.

A ciò si affiancano le iniziative di sostegno finanziario sponsorizzate delle Camere di Commercio a livello locale e/o tramite Unioncamere.

Da una ricerca effettuata da Reteimpresa - Confindustria e Gruppo Impresa, nel corso del 2013 relativa ai provvedimenti regionali attivati nel periodo 2012-2013, è emerso che le Regioni (dal 2010 al 2013) "hanno stanziato 1,28 miliardi di euro di risorse potenzialmente destinate alle aggregazioni e alle imprese in rete, in base al campione dei 77 interventi regionali censiti"²⁵⁹.

²⁵⁹ S. MIRABELLI, *Le regioni per le "reti d'impresa"*, in <http://www.regioni.it/newsletter/n-2579/del-08-10-2014/le-regioni-per-le-reti-dimpresa-13030/>.

Dopo la flessione del 2011, il flusso di stanziamenti è aumentato considerevolmente soprattutto nel corso dell'anno successivo.

“Il picco di risorse si concentra nel 2013 , con un massimo di 462 , milioni di euro, più di un terzo dell'ammontare complessivo dei fondi messi in campo dalle Regioni. Gli stanziamenti sono ripartiti quasi equamente a livello territoriale , il 52% per il Sud e isole e il 48% per il Centro Nord, e più nello specifico , 15 % nel Nord, 33% nel Centro , 8% nel Sud e 44% nelle Isole²⁶⁰”.

²⁶⁰ S. MIRABELLI, *Le regioni per le “reti d'impresa”*, cit.,

Capitolo III

GLI ELEMENTI ESSENZIALI DEL CONTRATTO DI RETE

La costituzione di una rete avviene per contratto plurilaterale tra imprese, che ha ad oggetto l'esercizio *in comune* di una o più attività economiche, rientranti nei rispettivi oggetti sociali delle partecipate. Tale ultimo aspetto, ovvero che la rete non può eccedere il limite dell'oggetto sociale delle singole imprese aderenti al contratto, appare controverso se si considera che lo scopo negoziale consiste nell'accrescimento della competitività e nella valorizzazione della capacità delle singole imprese²⁶¹.

1. L'accordo (adesioni originarie e successive) e la sua violazione

Il contratto costitutivo di una rete di imprese presuppone la manifestazione inequivoca del consenso su tutti i punti del contratto e dell'accluso programma. Il patto modificativo non può che essere unanime, ma non necessariamente lo sarà la modifica del programma, se in origine si è stabilito che possa avvenire a maggioranza e non all'unanimità. Una decisione di questo tipo non può essere ragione di recesso per i dissenzienti, salvo che la modifica del programma frustri in concreto la possibilità di un'impresa di incrementare la propria competitività o di fare innovazione. Il recesso può - ma non deve necessariamente - essere disciplinato dal contratto. L'adesione, se consentita, può essere successiva, in tal caso si dovrà specificare anche: 1) chi può aderire e quali requisiti debba possedere il candidato che abbia espresso il desiderio di entrare nell'aggregazione; 2) se l'adesione necessita accettazione, o meno; 3) se è richiesta l'accettazione, come si forma sul punto la volontà della rete, ovvero se la decisione debba essere presa all'unanimità o a maggioranza.

In connessione all'accordo, dal legame che ne deriva²⁶² nascono certamente vincoli obbligatori a favore delle altre imprese della rete, che perciò divengono creditrici delle prestazioni (dare, fare, non fare) promesse. Ne possono nascere anche effetti reali, ovvero a titolo di esempio, il trasferimento pro quota alle altre imprese partecipanti della comproprietà di un bene strumentale. Un punto delicato circa i vincoli obbligatori riguarda l'inadempimento di una partecipante, ovvero se esso possa legittimare un'altra ad esigere quanto dovuto o se solo all'intera rete compete la legittimazione ad agire. Più facile affermare che la risoluzione è la conseguenza di un grave inadempimento²⁶³. Trattandosi di contratto plurilaterale e di durata, essa investe il solo contraente inadempiente salvo che la sua prestazione

²⁶¹ C. CAMARDI, *Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, in *I contratti*, 10, 2009, 930 ss.

²⁶² A. GENTILI, *Il contratto di rete dopo la l. n. 122 del 2010*, *I contratti*, 6, 2011.

²⁶³ Va da sé che qui l'importanza deve misurarsi nel quadro del rapporto di rete: potrebbe essere non grave un inadempimento di un'impresa che data appunto la rete possa essere supplito dall'adempimento di un'altra, ed essere grave un adempimento solo inesatto che riesca a frustrare l'incremento di competitività.

mancata sia essenziale per il funzionamento e il proseguimento della rete²⁶⁴. Inoltre, l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite²⁶⁵, vista la sua natura di contratto di durata. In caso di danni, emergono situazioni complesse²⁶⁶; se l'incremento di competitività non è raggiunto per caso fortuito (circostanze avverse di mercato), il contratto resta valido e corrispondente alla fattispecie legale e quindi i benefici rimangono invariati; se però il risultato programmato non sia ottenuto per un fatto imputabile a una o più imprese partecipanti come inadempimento del contratto e del programma, sembra ragionevole pensare che i benefici possano (anzi debbano) essere revocati. Poiché le agevolazioni sono concessi alla rete e non alle singole imprese, saranno perduti dalla rete e quindi da tutte.

Ciò diviene fonte di danno a carico dell'inadempiente a favore delle altre partecipanti.

2. Le parti del contratto di rete

Il legislatore fornisce due indicazioni in relazione ai soggetti che possono essere parte di un contratto di rete. Con riferimento alla nozione di contratto di rete stabilisce che “*con il contratto di rete più imprenditori perseguono lo scopo di [...]*” (comma 4-ter prima parte), mentre con riferimento alle forme pubblicitarie dispone che “*Il contratto di rete è soggetto a iscrizione nel registro delle imprese presso cui è iscritto ciascun partecipante [...]*” (comma 4-quater).

Si possono quindi agevolmente desumere due requisiti da soddisfare per prendere parte a un contratto di rete: è necessario essere un imprenditore (requisito sostanziale) e che tale qualifica risulti dal registro delle imprese (requisito formale)²⁶⁷.

Dato che la qualifica di imprenditore è oggetto di pubblicità si può desumere dalle risultanze del registro delle imprese se un soggetto è o meno titolare di un'attività d'impresa. “Ai fini dell'accertamento del presupposto soggettivo per stipulare un contratto di rete si ritiene che l'iscrizione in tale registro costituisca infatti un elemento sufficiente”²⁶⁸; in altre parole se un soggetto risulta iscritto si conclude automaticamente che egli è imprenditore ai sensi dell'art 2082 c.c.

Ma a quali categorie di imprenditori è riservato il contratto di rete? L'originaria formulazione della disciplina conteneva alcune espressioni ambigue che avevano fatto propendere per una limitazione del contratto alle sole imprese societarie. Il testo normativo alludeva infatti alla “denominazione sociale delle imprese aderenti” e questo aveva fatto sorgere il dubbio che il contratto potesse essere stipulato solo tra società.

²⁶⁴ Art. 1459 c.c.

²⁶⁵ Art. 1458 comma 1 c.c.

²⁶⁶ A. GENTILI, *Il contratto di rete dopo la l.n. 122 del 2010*, *I contratti*, 6, 2011.

²⁶⁷ P. MANZI, *Profili Antitrust e Contratti di rete*, in http://www.retedimpresa.com/?e_id=232#_ftn7.

²⁶⁸ Retimpresa, Comitato Interregionale Dei Consigli Notarili Delle Tre Venezie, *Linee Guida per i contratti di rete*, Marzo 2012, 8.

L'attuale formulazione, introdotta con la l. n. 33/2009, e confermata dalla l. n. 122/2010, fugge ogni dubbio al riguardo poiché recita, al comma 4-ter lett. a), che il contratto deve indicare “ [...] il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale di ogni partecipante per originaria sottoscrizione del contratto o per adesione successiva [...]”²⁶⁹.

Pertanto, requisito essenziale è che i partecipanti siano imprenditori regolarmente iscritti al Registro delle Imprese competente, indipendentemente dalla veste giuridica adottata.

Questa definizione sembrerebbe da un lato ammettere la partecipazione da parte di un imprenditore agricolo o di una società semplice²⁷⁰, ma anche di imprese societarie prive di scopo lucrativo come le società cooperative o le imprese sociali, di imprese controllate o collegate ai sensi dell'art. 2359 c.c.²⁷¹, dei consorzi con attività esterna²⁷² e di soggetti stranieri, comunitari e non, purché svolgano attività d'impresa.

Dall'altro lato, la stessa definizione esclude la partecipazione al contratto di rete alle associazioni imprenditoriali e alle fondazioni (perché non svolgendo attività imprenditoriale non sono tenute all'iscrizione al Registro Imprese), i soggetti stranieri che non siano iscritti ai nostri registri e quindi che non hanno una stabile organizzazione nel nostro Stato, e gli Enti Pubblici che per definizione non sono imprenditori²⁷³.

L'assenza della qualifica imprenditoriale, in quanto requisito essenziale per l'adesione al contratto di rete, comporterà la nullità della singola partecipazione ed eventualmente dell'intero contratto, qualora la partecipazione viziata sia da reputarsi essenziale, come previsto dall'art. 1420 c.c.²⁷⁴

Nessun riferimento è invece contenuto nella disciplina ai requisiti dimensionali delle imprese aderenti nonostante tale strumento contrattuale sia stato ideata per favorire e potenziare il processo di crescita e internazionalizzazione delle piccole e medie imprese italiane. “La rete è infatti uno strumento aperto anche alle grandi imprese, come testimonia la possibilità di eseguire i conferimenti mediante la

²⁶⁹ M.C. D'ARIENZO (a cura di), *Il contratto di rete. Aspetti civilistici*, in <http://www.bioenergyitaly.com/wp-content/uploads/sites/9/2014/01/Darienzo.pdf>.

²⁷⁰ Retimpresa, Comitato Interregionale dei Consigli Notarili Delle Tre Venezie, *Linee Guida per i contratti di rete*, Marzo 2012, 9.

²⁷¹ Sono società controllate (1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria, (2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria, (3) le società che sono sotto l'influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Sono considerate collegate invece le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole, che si presume quando nell'assemblea ordinaria può esercitare almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società è quotata. La partecipazione di imprese controllate e/o collegate sarà oggetto di approfondimento nel capitolo seguente.

²⁷² La dottrina prevalente ritiene che al consorzio con attività esterna sia attribuibile la qualifica di imprenditore commerciale, ai sensi dell'art. 2195, comma 5, c.c., in qualità di soggetto che svolge un'attività ausiliaria.

²⁷³ P. ZANELLI, *Reti e contratto di rete*, 2012.

²⁷⁴ L'articolo 1420 c.c. disciplina la nullità del contratto plurilaterale e dispone che “nei contratti con più di due parti, in cui le prestazioni di ciascuna sono dirette al conseguimento di uno scopo comune, la nullità che colpisce il vincolo di una sola delle parti non importa nullità del contratto, salvo che la partecipazione di essa debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale”.

figura del patrimonio destinato ai sensi dell'art. 2447-*bis* primo comma lett. a)²⁷⁵, che è utilizzabile esclusivamente dalle società per azioni.

Operativamente la dottrina²⁷⁶ ritiene che “la decisione di prendere parte a un contratto di rete in una S.p.A sia rimessa all'organo amministrativo, alla luce del principio generale sancito dall'art. 2380 *bis* c.c., ma non richieda l'autorizzazione dell'assemblea dei soci, dato che tale partecipazione non comporta responsabilità illimitata nella ipotesi fisiologica”.

L'evidente finalizzazione politico-legislativa alle piccole e medie imprese taglia in radice il dubbio che vi siano categorie di imprenditori, incluse le imprese individuali, per le quali il contratto di rete sia inibito²⁷⁷; ma questo, certamente, non preclude la rete ad imprese di grandi dimensioni; inoltre non ha rilevanza la natura dell'impresa sia essa industriale, commerciale o agricola.

Possono partecipare alle reti anche imprese estere, se dispongono di una filiale iscritta in un registro delle imprese italiano. Nulla rileva in quale area del mercato unico europeo la rete espliciti la propria attività: discriminazioni sarebbero contro i trattati comunitari e le loro libertà.

La rete deve essere costituita secondo il diritto italiano, consapevolmente ed esclusivamente scelto da tutti i partecipanti come legge applicabile. “due o più” imprenditori: la formula ora usata sottolinea la normale plurilateralità del contratto di rete, ma non vale ad escludere la possibilità - meno frequente ma non inammissibile - di una rete di due soli imprenditori, se può valere allo scopo.

Gli enti non qualificati ai sensi dell'art. 2082 c.c. come imprenditori non possono partecipare al contratto, sebbene non si vedono le ragioni per escludere la partecipazione, purché funzionalmente giustificata. Un'associazione di consumatori, ad esempio, potrebbe essere il veicolo, aggregandola alla rete, per spingere la distribuzione dei suoi prodotti o servizi; un ente pubblico potrebbe essere il destinatario privilegiato di un'attività di rete; ma *re melius perpensa* la risposta pare negativa. Nulla esclude che come detto enti e soggetti esterni si leghino alla rete, ma come interlocutori legati da vincoli contrattuali esterni e non come partecipanti legati dal vincolo interno di rete.

Un ulteriore aspetto controverso risiede nella modalità di distinzione tra partecipanti alla rete e terzi, poiché essa, nella maggior parte dei casi, non è chiara. Se in astratto appare libera la scelta di partecipare ai vantaggi e ai rischi connessi ad una rete, in concreto nascono facilmente situazioni ambigue. Ci possono essere rapporti stabili con certi imprenditori che finiscono per coinvolgerli nella sorte della rete, sebbene essi formalmente non ne facciano parte, nel senso che non hanno sottoscritto il contratto originario. Partecipare, del resto, non significa solo operare di concerto, ma anche contribuire a conformare la rete, orientarne l'attività, influenzarne le decisioni, governarla almeno *pro parte* e risponderne patrimonialmente. La risposta consiste in un dato formale: il contratto deve identificare chi

²⁷⁵A. ZINGAROPOLI, *I vantaggi del contratto di rete*, in <http://www.altalex.com/index.php?idstr=85&idu=91852>.

²⁷⁶G. SCOGNAMIGLIO, M.E. TRIPPUTI, 2011. *Il Contratto di Rete per l'esercizio di attività comune: profili patrimoniali e organizzativi*, in A.I.P. *Reti d'impresa: profili giuridici, finanziamento e rating*. Milano, 67.

²⁷⁷C. CREA, *Il contratto di rete*, cit., 134.

è partecipante, e solo chi come tale è identificato nel contratto è un suo membro, con gli effetti connessi, quali che siano i suoi vincoli e i suoi interessi. Il legislatore afferma chiaramente (lett. A del comma 4-ter ora inserito nell'art. 3 l. n. 33 del 2009) che occorre l'espressa individuazione nel contratto di ogni singolo partecipante. Il contratto contiene gli aderenti originari, mentre per coloro che entrano in un secondo momento, la loro partecipazione dovrà avere la stessa pubblicità prevista per il patto originario.

Nessun impedimento sussiste alla stipula di un contratto di rete tra imprese legate da rapporti partecipativi o collegate tra loro.

3. Il programma (l'oggetto) ed il contenuto del contratto

L'art. 3, comma 4-ter, della Legge 9 aprile 2009, n. 33 (di conversione del D.L. 10 febbraio 2009), così come modificato dal D.L. del 31 maggio 2010, n. 78 convertito nella Legge 30 luglio 2010, n. 122, prevede espressamente, con riferimento all'oggetto del contratto, che *“più imprenditori, allo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato”,* si obblighino *“a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa”*.

Il programma comune rappresenta l'oggetto del contratto di rete, ossia le attività che dovranno essere svolte per raggiungere *“lo scopo comune di accrescimento della capacità innovativa e della competitività sul mercato delle imprese partecipanti”*²⁷⁸ (obiettivo strategico generale). Pare evidente che la novella legislativa del 2010 abbia voluto imprimere particolare rilievo al concetto di collaborazione tra imprese, pur rimanendo ferma ed intangibile l'indipendenza delle imprese partecipanti.

Sembra subito evidente che una cosa non esclude l'altra; tocca ai contraenti perciò affermare in quali direzioni si estende il loro programma comune. È difficile immaginare un tipo di programma che sfugga davvero alla fattispecie legale; la formula della collaborazione in ambiti e modi predeterminati attinenti all'esercizio delle imprese è così generica che può sostanzialmente rientrarvi qualsiasi cosa sia strumentale o consequenziale all'attività delle imprese aggregate in rete e possa essere fatta o fruita insieme e sia suscettibile di accrescere la competitività e favorire l'innovazione.

Tuttavia, se l'obiettivo dichiarato è quello di accrescere la competitività e quindi di valorizzare la capacità delle singole imprese, è un controsenso limitare la potenzialità innovativa ai singoli oggetti sociali delle singole imprese²⁷⁹.

²⁷⁸ Retimpresa, Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Linee Guida per i contratti di rete*, Marzo 2012, .19.

²⁷⁹ C. CAMARDI, *Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, cit., 930.

Le tre ipotesi di attività sopra indicate ((scopi-mezzo o requisito oggettivo) possono costituire, anche singolarmente, l'oggetto del contratto di rete.

Le attività in concreto oggetto del programma di rete, le quali possono essere numerose e ricondotte a due diverse tipologie: l'erogazione di servizi alle imprese aderenti (funzione mutualistica) ovvero l'offerta sul mercato beni e/o servizi (funzione lucrativa)²⁸⁰. “Nel primo caso il contratto potrà avere ad oggetto un programma che preveda l'integrazione delle specializzazioni, lo sviluppo delle competenze tecniche, l'accrescimento dell'offerta di consulenze o lo sviluppo di politiche di marketing e di comunicazione; nel caso invece di attività di produzione industriale il programma potrà spaziare dalla progettazione a tutte le iniziative per creare prodotti da immettere sul mercato attraverso le attività promozionali”²⁸¹.

3.1 La forma collaborativa

Tale modalità accentua la diversità dell'equilibrio tra interessi dei singoli partecipanti alla rete e l'interesse comune. Nella pratica la collaborazione potrà assumere svariate forme, quali ad esempio:

- attività di coordinamento per ottenere migliori condizioni nei rapporti esterni (coordinamento del processo di controllo della qualità dei beni lungo la filiera, definizione di una politica dei prezzi nel rispetto dei limiti della normativa antitrust) o per raggiungere un risultato finale unitario (quale la produzione di un bene finale);

- attività strumentali per raggiungere migliori risultati di gestione (gruppo di acquisto/vendita di beni/servizi di interesse comune, gestione di logistica, magazzino, piattaforme telematiche, promozione di beni e marchi, realizzazione di laboratorio comune, centro di ricerca comune);

- attività complementari per fare quello che individualmente considerate le imprese non sarebbero in grado di fare (partecipazione ad appalti, gare o bandi competitivi).

La partecipazione ad una rete “collaborativa” riveste, inoltre, una particolare idoneità a garantire una più efficace tutela dei singoli investimenti effettuati dalle imprese aderenti (in funzione del risultato cui la collaborazione mira) rispetto a quella perseguibile in una fase meramente precontrattuale; sarà, pertanto, opportuno riservare la collaborazione ad una fase immediatamente successiva alla stipulazione del contratto e non già antecedente, onde conseguire una più efficace vincolatività.

A tale proposito è opportuno ricordare che a norma dell'art. 2 L. 287/90 (*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*) nel caso in cui un'intesa tra imprese comporta, anche solo potenzialmente, una consistente restrizione della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, essa è vietata. In particolare, non sono consentite le intese tra le imprese il cui oggetto o effetto sia

²⁸⁰ Retimpresa, Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Linee Guida per i contratti di rete*, cit., 19

²⁸¹ Retimpresa, Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Linee Guida per i contratti di rete*, cit., 23.

quello di *“impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all’interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti”*, fra le altre, nel *“fissare direttamente o indirettamente i prezzi d’acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali”*; (articolo 2 della legge n. 287/90). In tali casi la sanzione prevista dal legislatore è la nullità delle intese eventualmente raggiunte. Nel caso del contratto di rete, ove la collaborazione tra più imprese avesse ad oggetto o fosse finalizzata a definire congiuntamente i prezzi o a realizzare una “spartizione” delle aree di mercato, si realizzerebbe un’intesa evidentemente viziata da nullità poiché essa altererebbe il gioco della concorrenza, riducendo gli incentivi a operare in modo efficiente e a offrire prodotti con prezzi competitivi e caratteristiche tali da soddisfare al meglio le esigenze del mercato.

3.2 Lo scambio di informazioni o di prestazioni

Rappresenta il secondo dei macro-modelli descritti dal legislatore. È di immediata percezione come tale tipologia contrattuale ben si adatti al perseguimento dello scopo di accrescimento della capacità innovativa e della competitività delle imprese sul mercato: tale modalità identifica lo scambio di mere informazioni commerciali, la condivisione della ricerca o di informazioni dirette alla produzione di innovazione. Altra ipotesi assai interessante è quella in cui le imprese aderenti al contratto decidano di scambiarsi prestazioni: potrà essere questa l’occasione per declinare il nuovo tipo contrattuale a segmenti di filiera caratterizzati da particolare frammentazione con il proposito di conseguire un coordinamento globale di tutti i partecipanti più armonico di quello conseguibile con semplici rapporti bilaterali che uniscono solitamente i singoli segmenti della filiera.

3.3 L’esercizio in comune di una o più attività rientranti nell’oggetto della propria impresa

È questa l’ipotesi di contratto di rete rinvenibile sin nella prima formulazione del testo legislativo (Legge 9 aprile 2009, n. 33 di conversione del D.L. n. 5 del 10 febbraio 2009 e delle successive modifiche intercorse).

La portata complessiva dei cambiamenti introdotti con l’ultima rivisitazione del testo di legge fuga in maniera definitiva ogni dubbio, ove mai ne residuassero, sulla totale diversità tra il tipo “contrattuale” cui la rete appartiene e quello “societario” dal quale invece la rete - in quanto contratto - si distacca per assenza di personalità giuridica, facoltatività dei suoi organi e molteplicità delle finalità perseguibili. È vero che nella prima formulazione l’esercizio in comune doveva essere orientato allo scopo specifico dell’accrescimento della capacità innovativa e della competitività sul mercato, ma è altrettanto vero che la concezione vagamente societaria della rete si è persa del tutto a motivo dei diversi tipi di collegamento fra imprese, tutti ugualmente accomunati dallo “scopo” comune di accrescere siffatta capacità innovativa e competitività, nell’ambito dell’attività di impresa che ciascuna di esse svolge.

L'attività economica svolta dalla rete conduce la stessa ad assumere determinate funzioni che, sotto un primo profilo, nelle prime applicazioni, possono assurgere la rete:

- I) a governo di *cluster* di progetti industriali differenziati;
- II) a promotrice di un progetto unitario con livelli più o meno forti di decentramento operativo;
- III) a promotrice di un progetto unitario, che ammette l'eventuale presentazione di sotto-progetti da parte di singole imprese o sotto-gruppi di imprese partecipanti.

In particolare, alquanto isolato risulta essere il primo modello, il quale rappresenterebbe uno strumento utile per definire un progetto strategico di coordinamento tra attività diverse, ciascuna delle quali costituisce un progetto a sé ove possono venire coinvolti alcuni o tutti i partecipanti²⁸². La attuale ridotta espansione di questo modello è probabilmente indice della difficoltà di sperimentare il nuovo strumento su progetti industriali comuni che presuppongono un livello di fiducia reciproca molto elevato.

Il secondo modello invece ha caratteristiche di maggiore uniformità e la pluralità di funzioni è sussumibile all'interno di un singolo progetto industriale²⁸³. L'unitarietà del progetto può ovviamente coesistere con una più o meno presente logica di decentramento operativo avente ad oggetto la realizzazione di un'opera, di attività di ricerca o di erogazione di servizi²⁸⁴.

Di interesse risulta essere il terzo modello, che coniuga l'unitarietà del progetto complessivo con la flessibilità offerta da un'articolazione solo eventuale in sotto-progetti collegati al primo²⁸⁵.

Nell'ambito delle tipologie di contratti previsti dalla norma si trovano utilizzate tutte o quasi tutte le formule indicate dal legislatore.

²⁸² Ad esempio, in un contratto di rete costituito allo scopo di progettare, sviluppare, ingegnerizzare e commercializzare sistemi e componenti nel settore dell'efficienza energetica il programma di rete «consiste nella predisposizione di progetti, misure ed iniziative, qui di seguito elencate, che hanno per obiettivo il raggiungimento degli obiettivi strategici. In modo particolare le imprese aderenti predispongono i seguenti progetti: [elenco di sistemi e componenti da sviluppare]. (...) Inoltre, le Imprese aderenti (...) pianificano la realizzazione di un Laboratorio (...) al fine di poter attuare le necessarie attività di ricerca, progettazione, sviluppo e ingegnerizzazione (...)». Lo stesso contratto di rete prevede anche che «nell'ambito degli obiettivi strategici, potranno essere presentati progetti specifici che potranno essere sostenuti e finanziati anche solo da alcune imprese aderenti alla rete (...)».

²⁸³ Ad esempio, in un contratto di rete finalizzato ad assicurare la qualità del prodotto e la certificazione delle caratteristiche dello stesso, si prevede la gestione di progetti comuni di ricerca e sviluppo in tema di qualità di prodotto, la creazione di una banca dati contenente i risultati di ricerche rilevanti sul tema, la nomina di un comitato scientifico che fornisca consulenza tecnico-scientifica sul punto, iniziative di promozione, formazione, informazione, la rappresentanza unitaria nei confronti della P.A. per eventuali accordi di programma.

²⁸⁴ In un contratto di rete tra imprese che operano nel settore petrolifero e minerario si prevede una sorta di suddivisione del lavoro tra i partecipanti alla rete «Il Comitato di gestione ha inoltre la possibilità di [...] affidare alle singole imprese lo svolgimento di attività, definendo modalità ed obblighi degli affidatari, o di affidare congiuntamente ad una pluralità di partecipanti alla "rete..." il compito di svolgere determinate attività, secondo modalità definite da un regolamento interno».

²⁸⁵ In alcuni contratti, si stabilisce che: «Nell'ambito degli obiettivi strategici, potranno essere presentati progetti specifici che potranno essere sostenuti e finanziati anche solo da alcune imprese aderenti alla rete e che pertanto indicheranno le risorse economiche necessarie da richiedere alle imprese aderenti direttamente interessate». In un contratto di rete volto a costituire un gruppo di vendita nel settore della subfornitura meccanica si prevede che «di volta in volta ogni azienda sottoscrivente il presente accordo sarà informata delle iniziative che il gruppo, o parte di esso, intende avviare. L'esplicita rinuncia di partecipazione alla singola iniziativa è condizione sufficiente per non pretendere alcuna partecipazione a eventuali ricavi e/o riconoscimenti».

La prassi mostra che nei contratti redatti fino ad ora l'*esercizio in comune* rappresenta la modalità di attività prevalente; esso riguarda prevalentemente iniziative commerciali o promozionali oppure attività di ricerca e di gestione di progetti comuni. Tra le formule ricorrenti si trova riferimento alla gestione di “progetti e iniziative comuni” o allo svolgimento di “attività comuni”, talvolta all’“esercizio in comune.

Dal punto di vista dell’attività oggetto della rete, l’analisi della prassi consente di distinguere almeno due macro-modelli²⁸⁶:

- a) la rete come strumento di erogazione di servizi ai membri;
- b) la rete come strumento di offerta coordinata di beni o servizi sul mercato²⁸⁷.

Le due categorie tendono a equivalersi numericamente ma ciò che è utile sottolineare consiste nella rilevazione che anche quando la funzione primaria del contratto si manifesta nel coordinare un’offerta integrata di beni e servizi sul mercato, la rete assume spesso una contestuale funzione di erogatore di servizi ai membri; indice di una domanda inevasa di servizi alle imprese che si realizza attraverso la formazione di reti con funzione analoga a quella che in passato era svolta da consorzi e cooperative.

Una variabile rilevante interna ai due macro-modelli (con particolare riferimento al primo) concerne la posizione nella filiera delle imprese aderenti alla rete. Semplificando, distinguiamo tra forme di coordinamento verticale tra imprese collocate lungo la filiera e forme di coordinamento orizzontale tra imprese collocate nella medesima posizione, ad esempio fornitori di primo o di secondo grado. Nella prima ipotesi l’obiettivo del contratto plurilaterale di rete è pervenire ad un migliore coordinamento di quello conseguibile attraverso contratti bilaterali, ad esempio nella ideazione e prototipazione, nella ricerca associata a tale attività e nella commercializzazione di beni e servizi. In quest’ambito, ovviamente, una differenza fondamentale viene data dalla presenza della grande impresa capofila all’interno della rete o come contraente esterno committente-acquirente di beni o servizi prodotti dalla rete.

I due principali modelli si differenziano sotto il profilo strutturale a seconda che il committente sia parte della rete ovvero ne incentivi la formazione, rimanendo ad essa esterno per favorire forme di collaborazione funzionali ad una migliore qualità della prestazione ed a una riduzione dei costi che si riflettano sul prodotto o servizio finale. Tendenzialmente, quando nella filiera vi è un’impresa medio-grande, committente, il coordinamento viene svolto in via “informale” da questa, incidendo sui rapporti tra i diversi livelli di fornitura mediante la costituzione di reti tra questi soggetti. Ciò non significa che non vi possa essere l’esigenza di una formalizzazione del coordinamento, come in alcuni casi nel settore della moda ed in quello della meccanica e della elettricità, costituendo reti che comprendano l’impresa di grande dimensione.

²⁸⁶ F. CAFAGGI, *Il contratto di rete nella prassi. Prime riflessioni*, cit.

²⁸⁷ Su questa seconda ipotesi, già con riferimento alla disciplina previgente, v. G.D. MOSCO, *Frammenti ricostruttivi*, cit., 848, nota 41.

Nella seconda ipotesi, il coordinamento opera tra imprese collocate nella medesima posizione di mercato che costituiscono la rete per ottimizzare l'offerta. Quando i contratti di rete riguardano il coordinamento di un solo livello di fornitura, si pongono problemi diversi, mancando il potere contrattuale e di mercato necessario per esercitare la funzione informale di coordinamento. Qui la *leadership* è necessariamente collettiva. Spesso in questo caso il contratto di rete è stato impiegato per ampliare l'offerta di beni e servizi a committenti esterni alla rete ovvero per operazioni di commercializzazione e *marketing* congiunto. Sul piano del progetto industriale sottostante vi sono ipotesi in cui le imprese, continuando a svolgere la propria attività senza alcuna forma di integrazione industriale, si aggregano per la commercializzazione anche mediante la costituzione di un marchio collettivo.

In entrambi i casi, l'obiettivo della rete è quello di entrare in contatto con un soggetto terzo, il committente o il distributore, ma la forma è assai diversa. Si è dunque all'interno del primo macro-modello sopra delineato.

Il secondo macro-modello non concerne il coordinamento di filiera, ma piuttosto la fornitura di servizi alle imprese aderenti. A sua volta, questo modello si compone di due varianti sensibilmente diverse: una prima, in cui le aderenti sono esse stesse erogatrici dei servizi; una seconda, in cui l'adesione alla rete costituisce lo strumento di accesso a servizi prodotti dalla rete. Nella prima variante il numero è limitato e la collaborazione consente di produrre ricerca, innovazione o forme di commercializzazione che individualmente le imprese non riuscirebbero a produrre²⁸⁸. Nella seconda variante invece la rete è composta da un numero potenzialmente assai più elevato di imprese destinatarie dei servizi prodotti²⁸⁹. Si tratta, talvolta, di servizi difficilmente reperibili sul mercato perché "specifici" rispetto alle imprese della rete, talaltra di servizi acquistabili sul mercato a costi superiori rispetto a quelli che le imprese ano grazie alla costituzione della rete. Un esempio paradigmatico del primo tipo è l'attività di ricerca, mentre del secondo tipo la consulenza finanziaria o quella legale. Sotto il profilo causale si tratta di un contratto che ha, prevalentemente, causa mutualistica e che manca di un immediato riflesso esterno.

Nell'ambito dei due macro-modelli, una variante è rappresentata dall'istituzione di marchi collettivi o segni identificativi della rete. In alcuni casi, tale variante riguarda imprese che si aggregano per l'offerta competitiva di servizi sul mercato. Questa ipotesi, in cui è prevista la creazione di un marchio collettivo,

²⁸⁸ Ad esempio in una rete volta a «progettare, sviluppare, ingegnerizzare e commercializzare sistemi e componenti per sistemi micro-cogenerativi per la fornitura di energia elettrica e calore» le due imprese partecipanti si impegnano a raggiungere gli obiettivi strategici mediante «promozione della rete per aggregazioni e collaborazioni nel territorio (...); partecipazione a progetti di finanziamento, tavoli tecnici, seminari (...); oppure il programma di rete può prevedere la «partecipazione a programmi di ricerca ed innovazione in collaborazione con università e centri di ricerca pubblici e privati» e/o la promozione di «forme di collaborazione commerciale tra le imprese appartenenti alla rete».

²⁸⁹ Ad esempio in un contratto di rete 18 aziende partecipano ad una rete allo scopo di creare un gruppo scientifico che studi i funghi di bosco per garantire al consumatore un prodotto di qualità; in un altro caso la rete «fungerà da soggetto di intermediazione e scambio di iniziative di buone prassi, di consulenze nei seguenti settori: finanziario, comunicazione e marketing, merchandising, formativo, organizzativo, internazionalizzazione».

è probabilmente destinata a crescere, dal momento che, attualmente, nel mercato per i servizi alle Pmi, la domanda risulta spesso inevasa da un'offerta poco qualificata, la cui fornitura è spesso costosa.

Ritornando a quello che rappresenta l'oggetto del contratto di rete - il programma - bisogna sottolineare che questo ha un contenuto minimo necessario determinato *ex lege*²⁹⁰. La normativa afferma che il programma deve in tutti e tre i casi (previsti) esprimere in chiaro ed in dettaglio: 1) l'enunciazione dei diritti e degli obblighi assunti da ciascun partecipante; 2) le modalità di realizzazione dello scopo comune. Nel caso si scelga di costituire un fondo patrimoniale comune sono ulteriori elementi necessari del programma; 3) la misura e i criteri di valutazione dei conferimenti iniziali e degli eventuali contributi successivi; 4) le regole di gestione del fondo comune.

Conviene osservare che l'espressa redazione del programma comune è parte integrante del contenuto obbligatorio del contratto; la sua carenza, perciò, rendendo oggettivamente indeterminato il rapporto di rete, rende nullo il contratto ai sensi dell'art.1346 c.c. La sua insufficienza, o insufficiente determinatezza, rendendo incompleto, o generico rispetto alle forme ed agli ambiti, il programma, impedisce comunque di ricondurre il concreto contratto alla fattispecie legalmente prevista, con la conseguenza della inapplicabilità dei benefici di legge. Sono però estranee al programma, e quindi all'oggetto e alla fattispecie legale, quelle forme di collaborazione che non abbiano lo scopo di accrescere individualmente e collettivamente la capacità innovativa e la competitività; il programma è infatti il modo di perseguire tutto ciò. Il legislatore ha disposto uno specifico sistema di asseverazione dei programmi che servirà a stabilire: a) la loro determinatezza e completezza; b) la loro efficienza, ossia la loro idoneità allo scopo di accrescere competitività ed innovazione.

Il compito di asseverazione è affidato, in prima battuta, ad organismi, espressione dell'associazionismo privato in possesso di specifici requisiti ora stabiliti dal d.m. 25 febbraio 2011²⁹¹. L'art. 4, ripetendo in sostanza il comma 2-*quater* dell'art. 42 l. n. 122, chiarisce che «l'asseverazione del programma comporta la verifica preventiva della sussistenza degli elementi propri del contratto di rete e dei relativi requisiti di partecipazione in capo alle imprese che lo hanno sottoscritto...»

La definizione del programma di rete effettuata dalle parti contraenti in sede di stipula del contratto non impedisce che le stesse parti contraenti possano successivamente determinarsi a modificare il programma stesso. È ovvio che tale modifica possa essere realizzata con il consenso unanime di tutti i contraenti, ma è altresì possibile che nel contratto si preveda la modifica del programma con decisione assunta a maggioranza. Ove tale modifica riguardi elementi essenziali e qualificanti del programma, sarebbe opportuna la previsione della facoltà di recesso da parte dei contraenti dissenzienti.

²⁹⁰ A. GENTILI, *Il contratto di rete dopo la l. n. 122 del 2010*, cit.

²⁹¹ Sul tema, F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *La governance della rete*, in F. CAFAGGI, *Il contratto di rete*, cit., 45 ss.

L'unico riferimento da parte della normativa è contenuto al punto c) del comma 4-ter dell'art 3 - allo specifico obbligo di ciascun partecipante, in caso di previsione del fondo patrimoniale comune , di versamento :

- dei conferimenti iniziali nella misura e in conformità ai criteri di valutazione individuati nel contratto di rete;
- degli eventuali “contributi successivi”, ove previsti.

L'individuazione concreta degli obblighi e diritti , pertanto , è affidata alla scelta caso per caso dei partecipanti , in sede di stipula o di successiva modifica del contratto di rete. Si tratta dell'ennesimo tema in relazione al quale il legislatore affida all'autonomia negoziale il compito di strutturare la materia, secondo le esigenze discrezionalmente reputate più utili dai partner in funzione dell'esecuzione del programma comune.

“La strutturazione giuridica di tali obblighi e diritti presuppone, a monte, che i partecipanti al momento della stipula abbia già operato l'adeguata determinazione dei fondamenti economico-aziendali su cui si basa il programma comune , e dovrà essere particolarmente puntuale per garantire:

- la funzionalità del mezzo rispetto al fine;
- una efficiente e corretta distribuzione dei rischi di impresa e dei correlati costi , tra i partecipanti.

Per quanto riguarda gli obblighi , possono essere previsti dal contratto di rete a carico o a favore di tutti i partecipanti , di gruppi di partecipanti (esempio “classi” di partecipanti variamente qualificati a tale scopo) , o solo di singoli partecipanti”²⁹².

L'oggetto di tali obblighi potrà normalmente essere ricondotto , innanzitutto , alle tre diverse modalità generali con cui i partecipanti possono dare esecuzione al programma comune, in conformità al dettato della Legge. Si farà allora riferimento allo scambio di informazioni, allo scambio di prestazioni e/o allo svolgimento di attività comune, per consentire l'avanzamento verso gli obiettivi strategici del contratto di rete. A tale impianto obbligatorio di base, si affiancheranno , integrandolo , altri obblighi più analitici di collaborazione o di diverso tipo²⁹³.

Tali obblighi - in particolare le singole tipologie di prestazioni oggetto degli stessi, cui i partecipanti sono tenuti - devono essere determinati o determinabili. Essi potranno avere la più varia natura : positiva, negativa , di fare, di dare, a esecuzione istantanea o periodica, e riguardare quindi prestazioni o qualsiasi altro oggetto, bene o altra utilità suscettibile di valutazione economica.

Particolare rilevanza assumono in questo ambito , gli eventuali obblighi di riservatezza, nel caso in cui il programma comune abbia per oggetto o comunque implichi materialmente il trasferimento e/o la

²⁹² T.CERETTA, G. VECCHIATO, *Fare rete tra imprese*. cit. 62.

²⁹³ T.CERETTA, G. VECCHIATO, *Fare rete tra imprese*. cit., 63.

comunicazione tra i partecipanti, o tra essi e terzi, di informazioni tecniche, commerciali o organizzative di natura riservata, ai sensi degli artt.98-99 Codice Proprietà Intellettuale (D.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, e ss.mm.ii.)²⁹⁴.

È possibile qui indicare solo a titolo orientativo il contenuto precettivo che possono assumere in concreto gli obblighi previsti in un contratto di rete , poiché gli obiettivi strategici, il settore e gli ambiti operativi dei partecipanti, saranno in relazione a ciascun particolare caso concreto, i più diversi.

L'analisi dei modelli di contratto di rete ricavabili da visure camerali e dalla prassi , permette di tracciare una prima esemplificazione di tali prestazioni che possono , tra l'altro , essere strutturate come:

- obbligo di operare conferimenti iniziali , determinati nel fondo patrimoniale comune e contributi successivi, necessari al funzionamento della rete; l'investimento a carico del singolo partecipante deve a sua volta essere chiaramente identificato, in relazione alla tempistica di prestazione , all'importo , alla durata, ecc.;
- obbligo di agire con correttezza, lealtà e buona fede, nel rispetto di codici etici , disciplinari, procedure , regolamenti interni, ecc.;
- obbligo di adeguarsi alle decisioni dell'organo comune , se previsto, o di determinate maggioranze dei partecipanti;
- obbligo di svolgere a favore della rete , di singoli partecipanti e/o di terzi determinate prestazioni di propria competenza (assumendone ogni rischio e la relativa responsabilità anche per eventuali danni conseguenti), per esempio : messa a disposizione, in tempi e con modalità determinate, di dati e informazioni (tecniche organizzative, commerciali, ecc.), know-how, attività di progettazione, risorse umane (dipendenti , dirigenti , ricercatori, agenti , procacciatori ecc.) , organizzative (attrezzature, impianti, macchinari ecc.) finanziarie o logistiche (immobili , magazzini, locali, laboratori di ricerca ecc.) servizi (consulenziali, informatici, ecc.); partecipazione a riunioni , incontri , fiere, mercati , mostre , manifestazioni promozionali;
- obbligo di avvalersi delle prestazioni erogate dalla rete e di partecipare in forma associata a progetti comuni predeterminati;
- obbligo di non aderire ad altre reti aventi il medesimo oggetto (o di aderirvi solo previo consenso dei partecipanti) e/o obbligo, se del caso anche post-contrattuale, di non operare in concorrenza con la rete;
- obbligo di riservatezza, eventualmente anche post contrattuale, in ordine alle informazioni ricevute dai partecipanti o da terzi in esecuzione del programma comune e di utilizzo delle medesime ai soli fini di quest'ultimo;

²⁹⁴ T. CERETTA, G. VECCHIATO, *Fare rete tra imprese*. cit., 63.

- obbligo di adottare determinate modalità nei rapporti promozionali con terzi connessi all'attività di rete;
- obbligo di astenersi dal deposito di domande di registrazione di marchi o dall'utilizzo di altri segni distintivi suscettibili di creare presso il pubblico dei destinatari potenziale confusione con il marchio, i segni distintivi e/o le attività della rete; obbligo di partecipare pro quota a eventuali attività di difesa del marchio comune;
- obbligo di segnalare alla rete eventuali situazioni o circostanze, proprie o "esterne", di cui il partecipante sia venuto a conoscenza, che possano comportare potenziali pregiudizi ai segni distintivi della rete o comunque pregiudicare in tutto o in parte il raggiungimento degli obiettivi strategici concordati;
- divieto di subappalto di prestazioni salvo previo consenso scritto dei partecipanti, o esclusive di approvvigionamento;
- obblighi di adozione di particolari criteri di controllo di gestione o di rendicontazione tecnica o commerciale;
- obbligo di partecipare ad attività e progetti di formazione, organizzate/i dalla rete o da essa procurate/i (ad esempio tavoli tecnici, seminari e convegni in materia, di qualità sicurezza, controllo processi o etica dei rapporti);
- obbligo di prestazione di garanzie o fidejussioni bancarie o assicurative a favore di terzi e/o di altri partecipanti²⁹⁵.

Tali obblighi presentano una rilevante importanza in quanto sono funzionali a perseguire il raggiungimento dello scopo contrattuale da parte degli aderenti.

Relativamente ai diritti dei partecipanti al contratto di rete, anche se di norma "sono tendenzialmente inferiori agli obblighi ivi previsti, ciò non costituisce minimamente prassi omogenea: la realtà vede situazioni profondamente diversificate tra loro, in base agli obiettivi strategici, alle modalità di collaborazione scelte dai partecipanti, e via dicendo"²⁹⁶.

Tra i possibili diritti previsti vi sono, a titolo di mera tipizzazione preliminare e pertanto non esaustivo:

- diritto di adottare determinate modalità nei rapporti promozionali con terzi connessi all'attività di rete (per esempio adozione di marchi, loghi, segni distintivi di rete, nomi a dominio, ai fini della pubblicità di prodotti e servizi);

²⁹⁵ T. CERETTA, G. VECCHIATO, *Fare rete tra imprese*, cit., 64.

²⁹⁶ T. CERETTA, G. VECCHIATO, *Fare rete tra imprese*, cit., 65.

- diritto di usufruire dei vantaggi commerciali, industriali , tecnici , organizzativi , ecc., connessi alla rete (quali accesso a nuovi mercati, a nuovi prodotti e servizi, a titolo di proprietà industriale gestiti dalla rete, ecc.) ;
- diritto di non partecipare a determinate categorie di attività di rete (per esempio esercizio in comune di attività) a determinati progetti o fasi di attività della rete , o di parteciparvi tramite scelta a propria esclusiva discrezione o a predeterminate condizioni (per esempio limitazione di predeterminati budget di partecipazione);
- diritto di fare concorrenza alla rete e/o ai singoli partecipanti alla stessa, e/o ai terzi che contraggono negozi con la rete , o di aderire ad altri contratti di rete (a condizione che abbiano scopi diversi);
- diritto di partecipazione alla distribuzione di eventuali utili o di ricevere particolari benefici in termini di rendimento;
- diritto di vedere accresciuta , pro quota, la propria partecipazione alla rete (in dipendenza di eventi quali il recesso , l'esclusione o la risoluzione del contratto in relazione ad altri partecipanti alla rete) o di incamerare, pro quota, eventuali penali per inadempimento o ritardo a carico di altri partecipanti o di terzi ;
- diritto all'integrale rimborso o restituzione dei propri conferimenti (salvo i contributi per spese di gestione), dopo l'esatto adempimento delle proprie obbligazioni nei confronti degli altri partecipanti o di terzi, da parte della rete o del partecipante stesso o, comunque, dopo l'integrale completamento del programma comune;
- diritto di godere di particolari regimi di responsabilità stabiliti in sede di redazione del contratto di rete e/o da parte dell'organo comune, se previsto.

Essenziale è inoltre la previsione delle modalità attuative dello scopo comune in cui si traduce il programma di rete. Bisogna quindi specificare quali fra le diverse forme di attività di cooperazione previste astrattamente dal legislatore la rete si obbliga in concreto a svolgere dato che non è sufficiente inserire nel contratto una semplice clausola di ripetizione di una o più delle tre formule legali. Se nel contratto di rete si prevede (1) la collaborazione all'esercizio delle imprese dei partecipanti si dovranno necessariamente evidenziare sia le "forme" che "gli ambiti" di quest'ultima, come ad esempio "l'acquisto di licenze e know-how di interesse comune" con riguardo alle "modalità di accesso a nuovi mercati". Se invece si opta per (2) lo scambio di informazioni ovvero di prestazioni sarà necessario definire la tipologia di informazione o prestazione concordata e le modalità e la periodicità con cui

avverrà tale trasferimento; se infine si sceglie (3) l'esercizio in comune di attività rientranti nell'oggetto dell'impresa tali attività dovranno essere adeguatamente descritte e definite²⁹⁷”.

Infine, la legge statuisce che qualora si preveda la costituzione di un fondo patrimoniale comune, il programma di rete dovrà contenere la misura e i criteri di valutazione dei conferimenti iniziali e successivi, se previsti, nonché le regole di amministrazione del fondo.

“Si ritiene che l'espressione *conferimenti* sia utilizzata dal legislatore in senso *atecnico*, senza quindi uno specifico rinvio alla disciplina societaria dei conferimenti. Nell'ambito del contratto di rete si può dunque adottare una prospettiva più ampia di quella vigente in campo societario con riguardo alla definizione delle entità conferibili. La dottrina è infatti concorde nell'affermare che possa costituire oggetto di conferimento nel fondo comune qualsiasi entità, materiale o immateriale, suscettibile di valutazione economica o di apprezzamento in termini di funzionalità o strumentalità al perseguimento dello scopo comune²⁹⁸. Sarebbero ammissibili di conseguenza anche le prestazioni d'opera o servizi, ma tale disciplina, insieme a quella relativa alle diverse modalità di valutazione dei conferimenti e di gestione del fondo, sarà oggetto di approfondita analisi del paragrafo dedicato al fondo patrimoniale comune.

3.4 Gli obiettivi strategici e le modalità di misurazione del loro raggiungimento.

Il comma 4-ter recita che: “[...] il contratto [...] deve indicare: [...] b) l'indicazione degli obiettivi strategici di innovazione e di innalzamento della capacità competitiva dei partecipanti e le modalità concordate tra gli stessi per misurare l'avanzamento verso tali obiettivi.”

Tutti i tre possibili macro modelli in cui si può articolare il programma di rete sono correlati allo scopo tipico del contratto che è quello, già visto, di accrescere la capacità innovativa e la competitività delle imprese aderenti. Pertanto un'attività può costituire oggetto di un contratto di rete solo se persegue il raggiungimento di una migliore capacità innovativa e di una migliore competitività per le imprese appartenenti alla rete. Gli obiettivi strategici di innovazione e competitività devono quindi indirizzare le decisioni dei partecipanti al contratto e, in ottica aziendalistica, rappresentano la *vision*, cioè la strategia di lungo periodo, propria di ogni contratto di rete.

Ovviamente i due obiettivi strategici si concretizzano poi in una serie di sotto obiettivi legati alle caratteristiche dei partecipanti e del mercato in cui la rete si trova ad operare; in altri termini l'accrescimento della competitività potrà avvenire ad esempio mediante l'incremento delle quote di mercato o l'ingresso in nuovi settori o aree geografiche, mentre l'aumento del grado di innovazione si

²⁹⁷ M. ESPOSITO, *Il contratto di rete dopo il c.d. “Decreto Sviluppo”*, in *Ricerche giuridiche*, 80.

²⁹⁸ F. TAROCCO, *I contratti di rete*, in *www.senafi.it*, Settembre 2012, 5.

potrà tradurre nell'incremento delle risorse investite nella ricerca o nella costruzione di un apposito laboratorio di ricerca.

Gli obiettivi strategici (individuali e collettivi) previsti dal contratto di rete devono, inoltre, avere un carattere di ragionevole "monitorabilità". In particolare la legge prevede che il contratto deve espressamente prevedere le modalità stabilite dalle parti per misurare l'avanzamento verso gli obiettivi strategici concordati. L'avanzamento suddetto (che non equivale necessariamente a un conseguimento "effettivo" : quest'ultimo può anche non avere mai luogo), deve essere misurabile, e pertanto deve poter essere operato sulla base di criteri che presentano carattere di concretezza e precisione, al fine di ottenere poi l'asseverazione richiesta per accedere ai benefici fiscali previsti dal comma 2-*quater* della l. n. 78/2010 e possono riguardare sia il miglioramento individuale che quello collettivo.

Nel silenzio della Legge, i partecipanti devono, pertanto, nel contratto di rete, determinare le modalità, o criteri o gli strumenti idonei di misurazione di tale avanzamento, in modo dettagliato.

È consigliato che ciò avvenga prevedendo altresì chi avrà il compito di operare tale misurazione sul punto (per esempio l'organo comune, oppure altra figura professionale) sia gli indici da utilizzarsi a tale specifico scopo. Solo così si potranno evitare omissioni, incertezze o ambiguità altrimenti pericolose ai fini dell'asseverazione.

I criteri di misurazione possono essere di natura oggettiva o soggettiva, quantitativa o qualitativa, purché certi.

Senza pretesa di esaustività, si constata nella prassi la previsione di valutazioni riferibili a indici quali, per esempio:

- crescita del fatturato relativo ai beni o servizi prodotti dai singoli partecipanti alla rete e/o dall'insieme degli stessi;
- aumento dei quantitativi di produzione - per prodotti o servizi già esistenti- in virtù delle sinergie di rete;
- ampliamento della gamma di nuovi prodotti e/o servizi, derivante dalle attività del programma comune;
- miglioramento degli standard qualitativi della gamma di prodotti e/o servizi realizzati nell'ambito del progetto di rete (per esempio aumento delle quantità di prodotto conformi a standard di certificazione di qualità) o percentuali di miglioramento qualitativo conseguibile su determinati prodotti o servizi dei singoli partecipanti (per esempio riduzione del numero di pezzi difettosi in linea o aumento di capacità produttiva dei macchinari);
- intensificazione di richieste di preventivo o di ordinativi ai partecipanti alla rete (acquisizione di nuova clientela), o aumento dei preventivi emessi nei confronti della potenziale clientela, in forza della rete di imprese;

- incremento del numero dei mercati o sub mercati geografici di sbocco dei prodotti e servizi promossi tramite la rete;
- numero di contratti conclusi con nuovi clienti o aumento del numero di contratti classificati per tipologia (licenze di know-how, licenze di brevetto, subforniture, ecc.) o in base a criteri discrezionalmente determinati (per esempio quanti contratti relativi a certi beni, servizi o determinati programmi di R&S , o che prevedono particolari condizioni e termini , ecc.);
- accrescimento del grado di soddisfazione della clientela (da accettarsi mediante questionari, rapporti di servizio, ecc.);
- diminuzione del numero di reclami e/o dei tempi di evasione della garanzia (documentabile con report statistici)²⁹⁹;
- riduzione dei costi del personale, dei consulenti esterni o, in genere, di fornitori (corrispettivi), o diminuzione dell'impatto organizzativo relativo (minore numero di unità utilizzate o di contratti in essere ,ecc.);
- riduzione dei costi di approvvigionamento o in genere di costi di gestione (per esempio per centro di costo, o secondo altri criteri);
- aumento della marginalità per effetto dei miglioramenti nella catena produttiva o distributiva basati su azioni misurabili poste in essere a favore di partecipanti alla rete (per esempio in forza di progetti di *lean management*);
- aumento della visibilità sui media dei partecipanti per effetto della partecipazione alla rete (numero di articoli di stampa, incremento delle partecipazioni a convegni, fiere e/o eventi pubblici, presenze televisive, ecc.);
- aumento della dimensione della rete distributiva relativa ai prodotti e servizi oggetto del programma comune;
- aumento del numero di titoli di proprietà intellettuale conseguito per effetto dell'esecuzione delle attività di ricerca e sviluppo svolte in rete;
- aumento degli importi dei finanziamenti da banche o altri intermediari finanziari, o miglioramento delle precedenti condizioni e termini contrattuali, derivante dall'intervento della rete a favore dei partecipanti;
- incremento del numero di persone (dipendenti, ecc.) a corsi o altre attività di formazione e aggiornamento professionale, rese disponibili tramite il contratto di rete.

²⁹⁹ T. CERETTA, G. VECCHIATO, *Fare rete tra imprese*. cit., 60.

“Il tema della misurazione dello stato di avanzamento del programma comune verso gli obiettivi strategici concordati, introduce nel contratto di rete elementi di possibile contenzioso tra i partecipanti, e deve pertanto essere gestito in modo tale da ridurre quanto più possibile tale rischio”³⁰⁰.

4. Realizzabilità del programma di rete

Una parte della dottrina afferma che la causa del contratto di rete sia associativa³⁰¹. Ciò è vero, ma in senso piuttosto generico. Dal contratto non nasce tanto un vincolo associativo, quanto un semplice coordinamento delle attività. L'aspetto associativo, però, certamente si rafforza nel caso di creazione di organo comune. D'altra parte la prevalenza dell'elemento contrattuale indurrebbe a negare tale affermazione. Il fatto che la rete nel disegno legislativo sia un'organizzazione di soggetti legati da un rapporto di interdipendenza e cooperazione, che ha per forza di cose un carattere corporativo, indurrebbe, al contrario - laddove vi sia un organo comune - a condividere tale considerazione. La rete, anche se non crea un soggetto, crea un ordinamento, facendolo funzionare ed agire, stabilendo chi nel concreto deve fare cosa e imputando al suo interno poteri e doveri di comportamento. Nelle reti, l'ordinamento stabilito dal contratto che ne regge l'attività imputa all'interno diritti ed obblighi e guida le attività interdipendenti. In questi limiti la causa può essere considerata come “associativa”.

Si è già osservato che l'idoneità del programma a incrementare la competitività e consentire l'innovazione hanno rilevanza causale; effettivamente, questo scopo si identifica quale mero motivo e in quanto determinante e comune entra nella causa del contratto, anche se solo in senso programmatico. Diversamente avviene, invece, per fatti non imputabili ai partecipanti che causano la mancata realizzabilità del programma. Se l'impossibilità sopravviene in modo definitivo ed integrale è certa la risoluzione, *ex nunc*; se, invece, investe una singola impresa, essa scioglie il contratto relativamente a quelle, a meno che il loro apporto, divenuto impossibile, fosse essenziale alla competitività ed all'innovazione. In quest'ultimo caso il contratto non perde efficacia nel caso in cui nuove imprese, supplenti, facciano ingresso nella rete. Se, invece, l'impossibilità è parziale, occorre vedere se lo scopo - anche se in misura più contenuta - sia ancora raggiungibile; mentre se temporanea ha meri effetti sospensivi. Il carattere di reciprocità dei costi e dei benefici contraddistingue la causa. Irrilevante è, invece, se la rete funzioni sul principio del perseguimento del lucro o invece sul carattere mutualistico³⁰². Ciò introduce il profilo dell'equilibrio interno della rete, ma non si trovano nella legge disposizioni specifiche sull'equilibrio interno³⁰³ ed introdurle sarebbe stato difficile, perché ogni caso

³⁰⁰ Retimpresa, Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Linee Guida per i contratti di rete*, Marzo 2012.

³⁰¹ C. CREA, op. cit., 133.

³⁰² F. CAFAGGI, *Il nuovo contratto di rete*, 145.

³⁰³ D'altronde, quei problemi di equilibrio interno che il sistema legale ritiene rilevanti verosimilmente trovano soluzione allo stesso modo nel contratto di rete. Non si vede infatti perché se in esso si crea un abuso di dipendenza economica, o una vessazione dell'affiliato commerciale, o una violazione delle regole imperative sulla distribuzione, o qualche altro caso di

dipende dagli apporti e dai rischi. Ci si limita a imporre che il programma rechi i criteri di valutazione dei conferimenti, ma questo è l'aspetto meno rilevante in quanto si dovrebbero considerare gli apporti diversi dai conferimenti, ed i rischi; eppure su ciò nulla è detto, neppure nell'ultima riforma.

Un certo equilibrio però può essere garantito da una corretta interpretazione, condotta a partire da dati legali. È testuale lo scopo di accrescere individualmente e collettivamente la competitività; ciò significa che ogni partecipante deve ricavare benefici dalla rete. Inoltre, relativamente alla misura del beneficio, è abbastanza ovvio che debba essere proporzionata all'apporto. Complessa è la valutazione degli apporti che non siano conferimenti e contributi al fondo comune (quando c'è). Ne segue che il beneficio individuale deve essere proporzionale al costo o apporto, perché un diverso riparto difficilmente sarebbe giustificabile: infatti, se lo sforzo di tutti reca benefici ad uno, bisogna che questo li riversi sugli altri perché l'incremento sia collettivo e individuale come richiesto per rispettare la normativa. Se la proporzione dell'apporto non è rispettata³⁰⁴, è certo che il caso non corrisponde alla fattispecie legalmente prevista ed è probabile la nullità per mancanza di causa, quanto meno relativamente al partecipante pregiudicato, ossia nullità parziale, cioè della clausola o parte che non rispetta la proporzione. Ciò deriva dal principio dell'art 2263 c.c., che pare applicabile analogicamente al caso, sia per quello dell'art. 1419 comma 1 c.c., dovendosi ritenere che negli altri partecipanti sia essenziale il fine dell'incremento individuale e collettivo di competitività e non sia tale il proprio sovrapprofetto o l'altrui minor profitto.

5. Gli adempimenti pubblicitari

La forma del contratto di rete, modificata recentemente attraverso l'art. 45 del D.L. 83/2012, è regolata e si ispira al corrente indirizzo neo-formalista³⁰⁵.

Il nuovo testo di legge afferma che “ il contratto deve essere redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, ovvero per atto firmato digitalmente a norma degli articoli 24 o 25 del codice di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, da ciascun imprenditore o legale rappresentante delle imprese aderenti, trasmesso ai competenti uffici del registro delle imprese attraverso il modello standard tipizzato con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro dello sviluppo economico”. La sottoscrizione del contratto, così come anche le successive modifiche ed integrazioni, potranno,

protezione legale nei rapporti tra imprese (concorrenza sleale, p. es.), le relative norme protettive non si dovrebbero applicare. Il contratto di rete non è infatti, anche per la sua natura transtipica, una fattispecie che escluda la contemporanea sussunzione del caso in altre disposizioni che quelle della legge regolatrice. Un caso concreto può integrare contemporaneamente l'ipotesi di contratto di rete ex lege e di abuso di dipendenza economica, o di inadempimento dei doveri di protezione dell'affiliante, o di concorrenza sleale; e così rendere ovvia l'applicazione diretta al contratto di rete di quelle norme protettive.

³⁰⁴ Altro è però che per caso fortuito e non per vizio delle clausole un partecipante in certe circostanze non profitti proporzionalmente.

³⁰⁵ A. GENTILI, *Il contratto di rete dopo la l. n. 122 del 2010*, *I contratti*, 6, 2011.

quindi, essere fatte anche senza l'intervento del notaio, diversamente a quanto previsto dalla precedente disciplina. La prassi ha dimostrato che la forma di atto pubblico con la necessaria contemporaneità della firma del contratto stesso, ha una certa importanza ed impedisce fraintendimenti e o ripensamenti dell'ultima ora che spesso caratterizzano le fasi di costituzione di questo istituto. Grazie alle ultime riforme intercorse, Ora il contratto si potrà firmare grazie alla firma digitale in momenti e luoghi diversi, andando incontro alle esigenze di efficienza nell'uso del tempo degli imprenditori, ovvero costruire sinergie e annullare gli ostacoli spaziali.

La disciplina prevede che l'efficacia del contratto inizi a decorrere da quando è stata eseguita l'ultima delle iscrizioni prescritte a carico di tutti coloro che ne sono stati sottoscrittori originari; dunque, la pubblicità ha natura costitutiva, poiché senza di essa il contratto non ha alcuna efficacia, non solo nei confronti dei terzi, ma anche nell'ambito dei rapporti interni tra gli stessi contraenti.

Così come il contratto in essere, anche il gruppo dei contraenti originari può subire modificazioni, non solo per la successiva adesione di altri imprenditori, ma anche per il venir meno dell'adesione di qualcuno di essi: a titolo esemplificativo basti pensare al caso di recesso di uno dei contraenti, oppure alla risoluzione del contratto limitatamente ad uno solo dei contraenti nelle varie ipotesi previste dal codice civile, oppure al caso di esclusione di uno dei contraenti deliberata dagli altri, nei casi e con le modalità eventualmente previsti nel contratto. Sono tutte ipotesi per le quali appare opportuno che si preveda espressamente nel contratto che la modifica in riduzione dei contraenti sia sottoposta agli obblighi pubblicitari di cui sopra, allo scopo di assicurare, a chi intrattenga rapporti con la rete, una puntuale conoscenza della sua composizione, atteso che i terzi potrebbero essere stati indotti a sviluppare rapporti con la rete sulla base dell'affidamento riposto per la presenza di quel particolare imprenditore ad essa aderente: una previsione contrattuale posta, dunque, a tutela dell'affidamento e, di conseguenza, a rafforzamento della rete.

Si ritiene³⁰⁶ che "l'obbligo pubblicitario non assolva solo a finalità informative per i terzi sull'esistenza della rete e sugli eventuali poteri di rappresentanza dell'organo comune (pubblicità notizia), né produca esclusivamente l'effetto di conoscibilità legale o presunzione assoluta di conoscenza di quanto iscritto (pubblicità dichiarativa), ma che sia condizione della stessa efficacia del contratto".

L'efficacia costitutiva³⁰⁷ si ricava infatti dal dato testuale del comma 4-*quater*. Peraltro si ritiene che, "in caso di mancata iscrizione nel registro delle imprese, il contratto risulterà comunque validamente stipulato e produrrà effetti fra le parti ai sensi dell'art. 1372 c.c., gli risulterebbero invece precluse

³⁰⁶ E. M. TRIPPUTI, *Il contratto di rete*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2011, 56

³⁰⁷ A. MALTONI, *Il contratto di rete. Prime considerazioni alla luce della novella di cui alla L. 122/2010*, in *Notariato*, 2011, . 64 ss.

l'applicazione della disciplina relativa al contratto di rete e l'accesso alle misure agevolative e ai benefici (come la responsabilità limitata in presenza di un fondo comune) ricollegati a tale qualificazione"³⁰⁸.

“La pubblicità nel registro delle imprese era stata inizialmente organizzata dal legislatore su base soggettiva”³⁰⁹ ed era quindi eseguita in relazione a ciascun soggetto aderente alla rete sia per la costituzione iniziale del contratto che per le sue successive modifiche. Ciò aveva comportato da un lato “una sottorappresentazione del fenomeno del contratto-rete”³¹⁰, dato che non era possibile ricercare direttamente la rete senza conoscere almeno uno dei soggetti che ne facevano parte, dall'altro “una sovra-rappresentazione, dal momento che ogni rete non risultava da un'unica iscrizione, ma da tante iscrizioni quanti erano gli imprenditori partecipanti”³¹¹. Il legislatore, resosi conto dell'onere imposto dai risvolti pratici della previsione normativa, è successivamente intervenuto, prima con la Circolare del Ministero dello Sviluppo Economico n. 3649/C del 18 gennaio 2012 e poi con l'art. 45 della legge 137/2012.

La circolare appena citata ha introdotto “nuove specifiche tecniche relativamente alla modulistica prevista per gli adempimenti pubblicitari nel registro delle imprese”³¹², che sono entrate in vigore il 9 marzo 2012 e, dopo un periodo transitorio di 60 giorni, hanno sostituito la precedente normativa.

Esse prevedono che per ogni contratto di rete sia individuata un'impresa di riferimento, che non deve necessariamente coincidere con quella a cui è affidato l'incarico di organo comune (se presente), la quale dà pubblicità al contratto di rete in quanto tale “presentando una dichiarazione completa di tutti i dati richiesti e riportando l'elenco delle imprese partecipanti”³¹³.

“Le altre imprese partecipanti sono tenute esclusivamente a iscriversi, ciascuna sulla propria posizione”³¹⁴, il contratto e le successive modifiche che lo concernono. I contratti di rete vengono inoltre identificati dalle Camere di Commercio mediante un “codice numerico”, ottenuto dal numero di repertorio del notaio rogante e dal numero di registrazione all'Ufficio delle Entrate; bisogna di

³⁰⁸ A. DI SAPIO, *Casi e problemi di interesse notarile – i contratti di rete tra imprese*, in *Rivista del Notariato*, 216.

³⁰⁹ Retimpresa, Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Linee Guida per i contratti di rete*, Marzo 2012, 15.

³¹⁰ Retimpresa, Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Linee Guida per i contratti di rete*, Marzo 2012, 15.

³¹¹ Retimpresa, Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Linee Guida per i contratti di rete*, Marzo 2012, 15.

³¹² Retimpresa, Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, op. cit., 15

³¹³ Retimpresa, Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Linee Guida per i contratti di rete*, Marzo 2012, 16.

I campi dei modelli S2 (modifica della società) e I2 (modifica delle imprese individuali) richiedono le seguenti informazioni: tipo di adempimento, numero repertorio precedente e numero registrazione precedente, nome del contratto di rete, codice fiscale assegnato al contratto di rete, obiettivi, programma comune e durata del contratto, data di scadenza, organo comune e fondo patrimoniale ed asseverazione. Riguardo ai singoli partecipanti vengono invece richiesti il codice fiscale delle imprese, la denominazione e il soggetto mandatario comune.

³¹⁴ Retimpresa, Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Linee Guida per i contratti di rete*, Marzo 2012, 16.

conseguenza procedere alla registrazione presso l’Agenzia delle Entrate prima di provvedere all’iscrizione del contratto presso il registro delle imprese³¹⁵.

L’art. 45 del d. l. 22 giugno 2012 n. 83, convertito con modificazioni con dalla l. n. 134/2012, ha semplificato ulteriormente gli oneri pubblicitari prevedendo da un lato che “*in presenza di un contratto che prevede l’istituzione di un fondo patrimoniale comune e di un organo comune [...] la pubblicità di cui al comma 4-quater si intende adempiuta mediante l’iscrizione del contratto nel registro delle imprese del luogo dove ha sede la rete*”, dall’altro che le modifiche al contratto siano depositate dall’impresa indicata nell’atto modificativo nel registro delle imprese presso cui essa è iscritta e che sia poi tale ufficio a darne comunicazione agli altri uffici presso cui sono registrate le altre partecipanti.

L’art. 45, primo comma, ha inoltre sancito che, qualora il contratto di rete preveda l’istituzione del fondo patrimoniale³¹⁶ e dell’organo comune, “*entro due mesi dalla chiusura dell’esercizio annuale l’organo comune redige una situazione patrimoniale osservando, in quanto compatibili, le disposizioni relative al bilancio d’esercizio della società per azioni*³¹⁷ e la deposita presso l’ufficio del registro delle imprese dove ha sede; si applica, in quanto compatibile, l’articolo 2615-bis, terzo comma, del codice civile³¹⁸”. Il legislatore ha quindi dato risposta alle pressioni della dottrina che richiedeva di inserire un obbligo formale di rendicontazione dell’attività svolta, al pari di quello previsto per la figura del consorzio con attività esterna, in modo che i terzi potessero reperire informazioni sulla rete.

³¹⁵ Retimpresa, Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Linee Guida per i contratti di rete*, Marzo 2012, .16.

³¹⁶ In presenza invece di patrimoni destinati ai sensi degli art. 2447 *bis* e ss. c.c. troverà applicazione la disciplina ad essi relativa, incluso l’art. 2447 *septies* c.c. che prevede che gli amministratori debbano redigere un apposito rendiconto da allegare al bilancio e da depositare presso il registro delle imprese.

³¹⁷ Cfr. articoli da 2423 a 2435 *bis* c.c.

³¹⁸ L’art. 2615 *bis* c.c., comma 3, disciplina i consorzi con attività esterna e prevede che: “Negli atti e nella corrispondenza del consorzio devono essere indicati la sede di questo, l’ufficio del registro delle imprese presso il quale è iscritto e il numero di iscrizione”.

CAPITOLO IV

I CONTENUTI DEL CONTRATTO

L'art. 3 comma 4-ter della Legge 9 aprile 2009 n. 33, così come modificato dalla Legge 30 luglio 2010, n. 122, ha disciplinato i contenuti del contratto di rete prevedendone per alcuni l'obbligatorietà e per altri l'inserimento eventuale a mera discrezione delle parti contraenti.

Il contratto di rete deve indicare:

1. il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale di ogni partecipante per originaria sottoscrizione del contratto o per adesione successiva;
2. l'indicazione degli obiettivi strategici di innovazione e di innalzamento della capacità competitiva dei partecipanti e le modalità concordate tra gli stessi per misurare l'avanzamento verso tali obiettivi;
3. la definizione di un programma di rete che contenga l'enunciazione dei diritti e degli obblighi assunti da ciascun partecipante, le modalità di realizzazione dello scopo comune;
4. la durata del contratto;
5. le modalità di adesione di altri imprenditori;
6. le regole per l'assunzione delle decisioni dei partecipanti su ogni materia o aspetto di interesse comune (non delegata all'organo comune di cui infra, se nominato).

Il contratto di rete può anche prevedere in maniera facoltativa:

1. l'istituzione di un fondo patrimoniale comune;
2. la nomina di organo comune incaricato di gestire l'esecuzione del contratto;
3. la previsione di cause di recesso anticipato dal contratto.

È evidente che il legislatore, modificando la precedente disciplina, ha previsto che il contratto di rete possa assumere una struttura organizzativa semplificata (cd. "rete leggera" caratterizzata dai soli contenuti obbligatori) ed una struttura più complessa ed articolata (cd. "rete pesante" con la previsione di un fondo patrimoniale e di un organo comune); la scelta appare condivisibile, essendo orientata ad aumentare la flessibilità della figura negoziale lasciando alle parti la decisione sulla struttura contrattuale.

1. I contenuti obbligatori

Si tratta di contenuti la cui mancanza comporta la nullità del contratto; una particolare attenzione sulla loro previsione nel testo contrattuale è, quindi, opportuna.

Il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale di ogni partecipante per originaria sottoscrizione del contratto o per adesione successiva, rappresentano l'ovvia esigenza di una precisa individuazione delle parti contraenti, in relazione al regime di pubblicità del contratto che la legge prevede mediante la sua iscrizione al Registro delle Imprese. Poiché la legge prevede tale obbligo anche per i contraenti che

entrino successivamente, è da ritenere che l'adesione debba essere formulata nel contratto redatto *ex novo* oppure con una sorta di appendice del contratto originario, contenente l'indicazione di tutte le parti contraenti (originarie e successive) e la loro sottoscrizione.

Altresì obbligatoria è la specificazione degli obiettivi strategici di innovazione e di innalzamento della capacità competitiva dei partecipanti, accomunata dalle modalità concordate tra gli stessi per misurare l'avanzamento verso tali obiettivi durante l'esecuzione del contratto. Si tratta di meccanismi di non facile definizione, che hanno lo scopo di consentire una verifica sull'attitudine del contratto di rete a dare soddisfazione a tutte le parti contraenti.

Va definito un programma di rete, che contenga l'enunciazione dei diritti e degli obblighi assunti da ciascun partecipante e le modalità di realizzazione dello scopo comune.

Il contratto di rete non può essere stipulato a tempo indeterminato, poiché è obbligatorio prevedere una durata specifica. Ciò non impedisce che le parti possano procedere al suo rinnovo; quest'ultimo può anche essere tacito, in assenza di comunicazione di disdetta da parte di chi non intenda mantenere il vincolo del contratto di rete. Il tal caso, ove la disdetta sia comunicata da una o più parti, senza che venga meno il requisito della pluralità delle parti contraenti, il contratto rinnovato continuerà a produrre i suoi effetti per le parti che abbiano aderito al rinnovo tacito.

Il contratto di rete deve prevedere, inoltre, la possibilità di adesione successiva di altri imprenditori, fermo restando che tale possibilità deve essere disciplinata dagli originari contraenti, cui spetterà la facoltà di definire, in via preventiva, i requisiti di accesso alla rete da parte di nuovi imprenditori e le modalità attraverso le quali gli originari contraenti esprimeranno il loro consenso all'adesione del nuovo soggetto. I contraenti devono definire preventivamente il meccanismo con cui verranno assunte le decisioni inerenti materie o aspetti di interesse comune.

La definizione dei meccanismi decisionali può riguardare oltre alla modifica del programma, anche l'adesione di nuovi contraenti e così ogni altro aspetto la cui definizione sia rimessa alle parti e non all'organo comune.

2. Gli elementi facoltativi

Si tratta di quei contenuti che le parti possono decidere di inserire nel contratto, a loro discrezione, secondo scelte di opportunità. Può essere istituito un fondo patrimoniale comune che abbia un preciso vincolo di destinazione, essendo finalizzato all'attuazione del programma di rete ovvero al perseguimento degli obiettivi strategici.

Inoltre, può essere nominato un organo comune incaricato di gestire l'esecuzione del contratto. La nomina dell'organo, prima prevista come obbligatoria, è, nella previsione della novella del 2010, mera

facoltà dei contraenti. Ove essi procedano alla nomina dell'organo comune, debbono necessariamente indicare nel contratto di rete:

- il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale del soggetto prescelto a svolgere l'incarico;
- i poteri di gestione e di rappresentanza conferiti;
- le regole relative alla sua eventuale sostituzione;

Tra i contenuti facoltativi si annovera anche la previsione di cause facoltative di recesso anticipato dal contratto.

2.1 Il fondo patrimoniale comune

“Il contratto può anche prevedere l'istituzione di un fondo patrimoniale comune [...]” (comma 4-ter secondo periodo).

In particolare lo stesso comma, alla lettera c), dispone che il contratto di rete deve indicare *“[...] qualora sia prevista l'istituzione di un fondo patrimoniale comune, la misura e i criteri di valutazione dei conferimenti iniziali e degli eventuali contributi successivi che ciascun partecipante si obbliga a versare al fondo nonché le regole di gestione del fondo medesimo; se consentito dal programma, l'esecuzione del conferimento può avvenire anche mediante apporto di un patrimonio destinato costituito ai sensi dell'articolo 2447-bis, primo comma, lettera a), del codice civile”*.

Infine l'art. 45, comma 1, punto 2), richiama e amplia la precedente versione della citata lettera c) prevedendo che: *“[...] al fondo patrimoniale comune si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 2614 e 2615, secondo comma, del codice civile; in ogni caso per le obbligazioni contratte dall'organo comune in relazione al programma di rete, i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo comune”*.

Per realizzare il programma di rete le parti contraenti possono istituire un fondo patrimoniale comune che contenga le provviste finanziarie sufficienti per l'attuazione del programma di rete e per il perseguimento degli obiettivi strategici. In caso di istituzione del fondo patrimoniale, il negozio deve prevederne la disciplina; più in particolare, è opportuno indicare il soggetto - normalmente l'organo comune - cui affidare la gestione, che, per scelta delle parti, può essere anche un terzo. Inoltre, è opportuno specificare le modalità per la realizzazione degli investimenti e quelle eventuali per l'uso dei beni comuni. Al pari di quanto accaduto per l'organo comune anche per il fondo patrimoniale, il legislatore ha per molti versi - pur con le differenze sostanziali - , preso testualmente in prestito la disciplina in materia di consorzi.

“La lettera della norma deve essere allora interpretata in senso permissivo (cioè, fondo patrimoniale comune e organo comune possono essere previsti oppure no), ma in senso vincolativo. E cioè, che laddove la rete intenda “svolgere un'attività, anche commerciale, con i terzi”, quegli elementi *devono*

ricorrere. Viceversa quegli elementi *possono* semplicemente ricorrere ove la rete non intenda svolgere tale attività³¹⁹”.

Al fondo patrimoniale si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli artt. 2614 e 2615 c.c. in materia di consorzi. In linea con il disposto normativo contenuto nell’art. 2614 c.c., il fondo patrimoniale è costituito sia dai contributi versati dalle parti che hanno stipulato il contratto di rete, sia da tutti i beni che, per mezzo di tali somme, sono stati acquistati. I partecipanti, inoltre, non possono chiedere la divisione del fondo per tutta la durata della rete ed i creditori particolari delle singole imprese aderenti non possono far valere i loro diritti sul fondo comune. Più complessa è, invece, l’applicazione dell’art. 2615 c.c. ed in particolare del primo comma della norma, che prevede in materia di consorzi, disciplina mutuata dalle reti, la responsabilità esclusiva del consorzio - rete - con il proprio fondo per le obbligazioni assunte in suo nome. Bisogna ricordare³²⁰, però, che l’applicabilità dell’art. 2615 c.c. al contratto è soggetta ad una valutazione di compatibilità della norma con la struttura della rete; quest’ultima se costituita come rete-contratto e dunque non come un autonomo soggetto giuridico, vede la responsabilità ricadere sui singoli partecipanti. Viceversa per quelle pesanti, così definite poiché dotate di struttura organizzativa, ma anche per le modalità di formazione della volontà unica dei partecipanti mediante il criterio della maggioranza e per la capacità di realizzare investimenti mediante acquisto di beni e servizi) che costituiscono un autonomo centro di imputazione di rapporti e di effetti giuridici, che consente all’organo di agire in nome dell’aggregazione. Da qui la compatibilità del primo comma dell’art. 2615 c.c. con la struttura della rete e la possibilità che per le obbligazioni assunte dall’organo gestore, risponda esclusivamente il fondo comune per quelle costituite come reti-soggetto; ipotesi confermata dall’art. 45 del D.L 83/2012.

Per quanto riguarda invece la forma che la dotazione patrimoniale può assumere, la disciplina originaria prevedeva espressamente che la costituzione di un fondo e quella di più patrimoni destinati da parte di ogni impresa aderente fossero due ipotesi distinte, mentre oggi, dall’attuale formulazione della lett. c), emerge che il patrimonio destinato costituisce una forma di esecuzione del conferimento iniziale e non un’alternativa al fondo.

La legge descrive due modi di costituire il fondo patrimoniale comune:

a) mediante i contributi delle imprese che della rete contrattuale fanno parte; in quest’ottica il contratto deve indicare “la misura e i criteri di valutazione dei conferimenti iniziali e degli eventuali contributi successivi che ciascun partecipante si obbliga a versare al fondo nonché le regole di gestione del fondo medesimo”.

³¹⁹ O. DE CICCO, *Organizzazioni imprenditoriali non societarie e responsabilità*, Napoli, 2012, 234.

³²⁰ Guida Pratica al Contratto di Rete d’Impresa, Novembre 2011.

b) Qualora la rete sia costituita da s.p.a., “se consentito dal programma, l’esecuzione del conferimento può avvenire anche mediante apporto di un patrimonio destinato costituito ai sensi dell’articolo 2447-*bis*, primo comma, lettera a), del codice civile”.

È importante sottolineare, che qualora si proceda alla costituzione di un fondo patrimoniale comune, il contratto di rete deve prevedere obbligatoriamente:

- la misura e i criteri di valutazione dei conferimenti iniziali e degli eventuali contributi successivi che ciascun partecipante si obbliga a versare al fondo;

- nonché le regole di gestione del fondo, inclusa la ripartizione dei costi e dei ricavi.

“Il Legislatore lascia all’autonomia contrattuale delle imprese aderenti la definizione dei criteri di valutazione dei conferimenti e delle modalità di gestione del fondo³²¹”.

Può essere oggetto di conferimento iniziale qualsiasi entità materiale ed immateriale - denaro, beni materiali ed immateriali, diritti, crediti, prestazioni d’opera e servizi - suscettibile di valutazione economica o comunque di apprezzamento in termini di funzionalità o strumentalità al perseguimento dello scopo comune e alla realizzazione del programma di rete³²². Escluso, invece, resta l’apporto di cose generiche, future o altrui. L’esecuzione di tali conferimenti deve essere effettuata sulla base di quanto stabilito nel contratto di rete, il quale per mere esigenze di semplificazione e trasparenza può rinviare alla disciplina generale dei conferimenti delle società per azioni (artt. 2342-2345 c.c.³²³) e delle società a responsabilità limitata (artt. 2464-2465 c.c.³²⁴), che disciplina anche le prestazioni di opere e di servizi.

³²¹ S. DI DIEGO, F. MICOZZI, *Reti di imprese e contratto di rete*, 188.

³²² S. DI DIEGO, F. MICOZZI, *Reti di imprese e contratto di rete*, cit. 188.

³²³ Secondo l’art. 2342 – *Conferimenti* : Se nell’atto costitutivo non è stabilito diversamente, il conferimento deve farsi in danaro. Alla sottoscrizione dell’atto costitutivo deve essere versato presso una banca almeno il venticinque per cento dei conferimenti in danaro o, nel caso di costituzione con atto unilaterale, il loro intero ammontare. Per i conferimenti di beni in natura e di crediti si osservano le disposizioni degli articoli 2254 e 2255. Le azioni corrispondenti a tali conferimenti devono essere integralmente liberate al momento della sottoscrizione.

Se viene meno la pluralità dei soci, i versamenti ancora dovuti devono essere effettuati entro novanta giorni. Non possono formare oggetto di conferimento le prestazioni di opera o di servizi.

³²⁴ Secondo l’art.2464 sempre in materia di Conferimenti relativamente alle srl :

Il valore dei conferimenti non può essere complessivamente inferiore all’ammontare globale del capitale sociale.

Possono essere conferiti tutti gli elementi dell’attivo suscettibili di valutazione economica.

Se nell’atto costitutivo non è stabilito diversamente, il conferimento deve farsi in danaro.

Alla sottoscrizione dell’atto costitutivo deve essere versato all’organo amministrativo nominato nell’atto costitutivo almeno il venticinque per cento dei conferimenti in danaro e l’intero soprapprezzo o, nel caso di costituzione con atto unilaterale, il loro intero ammontare. I mezzi di amento sono indicati nell’atto. Il versamento può essere sostituito dalla stipula, per un importo almeno corrispondente, di una polizza di assicurazione o di una fidejussione bancaria con le caratteristiche determinate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri; in tal caso il socio può in ogni momento sostituire la polizza o la fidejussione con il versamento del corrispondente importo in danaro.

Per i conferimenti di beni in natura e di crediti si osservano le disposizioni degli articoli 2254 e 2255. Le quote corrispondenti a tali conferimenti devono essere integralmente liberate al momento della sottoscrizione.

Il conferimento può anche avvenire mediante la prestazione di una polizza di assicurazione o di una fidejussione bancaria con cui vengono garantiti, per l’intero valore ad essi assegnato, gli obblighi assunti dal socio aventi per oggetto la prestazione d’opera o di servizi a favore della società. In tal caso, se l’atto costitutivo lo prevede, la polizza o la fidejussione possono essere sostituite dal socio con il versamento a titolo di cauzione del corrispondente importo in danaro presso la società.

Se viene meno la pluralità dei soci, i versamenti ancora dovuti devono essere effettuati nei novanta giorni.

I conferimenti diversi dal denaro sono sottoposti ad una valutazione che potrebbe essere costituita dalla presentazione, da parte delle imprese aderenti, di una relazione di stima redatta da un esperto.

In tal caso sarebbe preferibile che vengano definiti contrattualmente anche i criteri di nomina dell'esperto.

Inoltre, l'esperto incaricato di redigere la perizia di stima può essere identificato ricorrendo alle norme previste in merito alla stima dei conferimenti di beni in natura e di crediti nelle società a responsabilità limitata, ai sensi dell'art. 2645 c.c., dove si prevede che il controllo sia esperito da un revisore legale o una società di revisione, mentre nelle società per azioni si individua un esperto indipendente e dotato di adeguata e comprovata professionalità, ai sensi dell'art. 2343-ter, comma 2, c.c.

La perizia dell'esperto deve contenere l'indicazione, la descrizione degli elementi costituenti i beni apportati, l'indicazione della loro misura, i criteri di valutazione adottati e l'attestazione che il valore della perizia non sia inferiore a quello nominale indicato dall'impresa aderente. Quanto alla finalità di tale valutazione, essa risulta funzionale alla determinazione, seppur in via approssimativa, della consistenza del fondo, vista la sua funzione di garanzia, ma anche all'individuazione delle quote di partecipazione alla rete, per ripartire i benefici e le perdite derivanti dall'attività e all'attribuzione dei diritti e degli obblighi delle imprese contraenti.

La ripartizione dei benefici e delle perdite, così come quelle dei diritti e degli obblighi, avviene solitamente in misura proporzionale a quanto apportato da ciascuno alla rete. Ma nulla vieta alle parti di optare per una distribuzione non proporzionale sia dell'obbligo di conferimento, sia dei poteri decisionali, dei rischi e dei vantaggi derivanti dall'attività della rete. In tal caso la deroga al principio di proporzionalità richiede l'unanimità dei partecipanti.

La costituzione iniziale del fondo patrimoniale comune deve essere oggetto di particolare attenzione dato che la dotazione patrimoniale rappresenta, per i terzi ed i potenziali finanziatori, una garanzia dell'affidabilità della rete. Pertanto il conferimento di denaro o di beni mobili e/o immobili, appare maggiormente indicato poiché garantisce una misurazione precisa e funzionale al raggiungimento degli obiettivi prefissati dalla rete.

La realizzazione dello scopo comune, qualora sia espressamente previsto dal contratto di rete e coerentemente con la disciplina civilistica di riferimento, può essere perseguita anche mediante il ricordo alla costituzione di uno o più patrimoni destinati all'affare, ai sensi dell'articolo 2447-bis, comma 1, lett. a), c.c.³²⁵, da parte di ciascun impresa aderente.

“Quest'ultima ipotesi, rappresenta nella formulazione della norma vigente, una modalità di esecuzione del conferimento, e non, come invece appariva nella previgente versione, un'alternativa

³²⁵ Tale ipotesi non è prospettabile con riferimento alle S.r.l., in quanto l'istituto del patrimonio separato destinato ad uno specifico affare è previsto esclusivamente per le S.p.a., le S.a.p.a. e per le società cooperative per azioni.

all'istituzione del fondo patrimoniale comune. Tuttavia, tale eventualità è riservata al solo caso in cui alla rete partecipino società per azioni o in accomandita per azioni - le sole che possono costituire patrimonio destinato - dovrà fare i conti con la scarsa diffusione che tale ipotesi di segregazione patrimoniale ha riscontrato³²⁶.

2.1.1 I patrimoni destinati e la rete

La figura dei patrimoni destinati di cui all'art. 2447-*bis*, lett. a) c.c. è stata introdotta nel nostro ordinamento a seguito della riforma del diritto societario del 2003 con lo scopo di ampliare le modalità di finanziamento delle società per azioni e si caratterizza per determinare la segregazione di determinati beni o rapporti giuridici rientranti nel patrimonio delle S.p.a. in un patrimonio separato, destinandoli in via esclusiva alla realizzazione di un affare specifico e determinato.

Con tale destinazione i creditori sociali possono rivalersi unicamente sul restante patrimonio della società, mentre i creditori relativi allo specifico affare possono soddisfarsi unicamente sul patrimonio separato. Sull'applicazione di questa fattispecie alla disciplina delle reti, è necessario, però, abbozzare alcune considerazioni.

Innanzitutto, il rinvio contenuto nella lettera c) del comma 4-*ter* fa riferimento solo ai patrimoni destinati di cui alla lettera a) dell'art. 2447-*bis* e non anche alla lettera b), escludendo così la figura dei finanziamenti cosiddetti destinati come forma di sostentamento delle reti.

In secondo luogo si pone il problema di accertare se la possibilità di costituire patrimoni destinati resti relegata alle sole società per azioni o se, nei contratti di rete, si possa prescindere dalla veste giuridica adottata dalle imprese. In seguito all'emanazione dell'art. 2645-*ter* c.c, che prevede la possibilità di costituire vincoli di destinazione per interessi meritevoli di tutela, si è infatti formata una tesi interpretativa secondo cui questo strumento potrebbe essere utilizzato da parte di società diverse dalle società per azioni o dagli imprenditori individuali³²⁷.

Tuttavia, considerando che l'area di operatività dell'art. 2645-*ter* c.c non è affatto chiara, gran parte della dottrina afferma che il riferimento "agli interessi meritevoli di tutela" riguarderebbe solo gli interessi costituzionalmente rilevanti, con l'esclusione di quelli riferibili all'attività d'impresa.

Per queste ragioni oggi la dottrina sul contratto di rete afferma che lo strumento del patrimonio destinato è riservato solo alle imprese aderenti che siano organizzate in forma di società per azioni. Nel rispetto della normativa civilistica, le società partecipanti alla rete d'impresa che eseguono il conferimento mediante la costituzione di un patrimonio destinato ad uno specifico affare lo devono prevedere a mezzo di delibera dell'organo amministrativo adottata a maggioranza assoluta dei suoi componenti, salvo che lo statuto attribuisca tale competenza all'assemblea; per un valore

³²⁶ O. DE CICCO, *Organizzazioni imprenditoriali non societarie e responsabilità*, cit. 236.

³²⁷ S. DI DIEGO, F. MICOZZI, *Reti di imprese e contratto di rete*, cit., 190.

complessivamente non superiore al 10% del patrimonio netto della società; con indicazione precisa e dettagliata dell'affare cui il patrimonio è destinato e dei beni e dei rapporti giuridici che ne fanno parte e predisponendo un piano economico finanziario da tenere necessariamente separato dalle altre scritture contabili.

La costituzione di patrimoni destinati per la partecipazione a una rete richiede, da parte delle società coinvolte, un collegamento tra le delibere istitutive, sia con riferimento all'individuazione dello specifico affare, sia con riferimento al regime della separazione patrimoniale.

La specificità dell'affare deve essere assicurata sia con riferimento al patrimonio della società che rispetto al fondo comune e ai patrimoni destinati eventualmente costituiti dalle altre società, in modo che a ogni patrimonio si associ una specifica area di rischio.

“Ne consegue che tale figura possa essere usata solo in presenza di un'attività della rete suddivisibile in una o più operazioni ben distinguibili fra loro. Il collegamento tra la delibera costitutiva e il contratto di rete è necessario anche per quanto concerne il regime della responsabilità: se infatti l'effetto legale è l'autonomia patrimoniale perfetta la delibera può comunque disporre diversamente”³²⁸.

Una grande peculiarità del conferimento mediante patrimonio destinato, che lo distingue dal fondo comune *tout court*, è la non riferibilità alla rete dei beni e dei rapporti segregati poiché le società costituenti ne rimangono titolari pur destinandoli alla rete.

I patrimoni destinati continuano infatti a essere gestiti dagli amministratori delle società che hanno istituito il vincolo di destinazione, ma essi, mediante mandato con rappresentanza o procura, possono incaricare l'organo comune³²⁹ di coordinare le varie gestioni, in modo da raggiungere gli obiettivi strategici della rete.

2.2 L'organo comune

Ai sensi del comma 4-ter secondo periodo il legislatore dà la possibilità di prevedere “[...] *la nomina di un organo comune incaricato di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l'esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso*”.

Nella disciplina originaria, che ha istituito il contratto di rete, l'organo comune era elemento necessario del contratto di rete, ne veniva cioè imposta la creazione - a pena di nullità del contratto, in quanto elemento essenziale - e rimessa la struttura ai contraenti; la sua funzione era quella di dare esecuzione al contratto, agendo (salvo deroga pattizia: la norma era dispositiva) in rappresentanza delle

³²⁸ S. DI DIEGO, F. MICOZZI, cit., 191.

³²⁹ L'organo comune infatti in materia di conferimenti provvede a:

- a) elaborare periodici preventivi, in base ai quali i contraenti saranno tenuti alle eventuali integrazioni in misura paritaria del fondo patrimoniale comune;
- b) determinare le contribuzioni necessarie per la realizzazione di specifici progetti che potranno essere sostenuti e finanziati anche solo da alcune imprese aderenti alla rete, indicando le risorse economiche necessarie da richiedere alle imprese aderenti direttamente interessate.

imprese³³⁰. Oggi, il comma 4-*quater* è esplicito nel dire che «il contratto può “anche” prevedere (...) la nomina di un organo comune. Nel caso se ne preveda l’istituzione, esso deve indicare Ai sensi della lettera e), recentemente modificata dall’art. 45 della legge 137/2012, “ [...] il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale del soggetto prescelto per svolgere l’ufficio di organo comune per l’esecuzione del contratto o di una o più parti o fasi di esso, i poteri di gestione e di rappresentanza conferiti a tale soggetto (“come mandatario comune”, espressione abrogata dall’art. 45) nonché le regole relative alla sua eventuale sostituzione durante la vigenza del contratto”. L’articolo dispone anche che “L’organo comune agisce in rappresentanza della rete (locuzione introdotta dall’art. 45) e, salvo che sia diversamente disposto nel contratto, degli imprenditori, anche individuali, partecipanti al contratto, nelle procedure di programmazione negoziata con le pubbliche amministrazioni, nelle procedure inerenti ad interventi di garanzia per l’accesso al credito e in quelle inerenti allo sviluppo del sistema imprenditoriale nei processi di internazionalizzazione e di innovazione previsti dall’ordinamento nonché all’utilizzazione di strumenti di promozione e tutela dei prodotti e marchi di qualità o di cui sia adeguatamente garantita la genuinità della provenienza”.

Visto il carattere facoltativo, possono anche venirsi a creare reti che non hanno alcun organo comune e che gestiscono il coordinamento senza alcun “centro”. In tale soluzione la gestione sarà affidata “ai partecipanti”³³¹, le cui decisioni verranno assunte di volta in volta all’unanimità, a maggioranza, con o senza previa riunione assembleare, per corrispondenza o con altre modalità concordate dai contraenti in sede di stipulazione del contratto. In realtà la “facoltatività dell’istituzione dell’organo comune”³³² si ritiene valida solo per le reti contrattuali a rilevanza interna dato che le reti associative, che esercitano un’attività in comune, devono poter porsi sul mercato come figura a sé stante rispetto alle imprese partecipanti e avere un organo comune di gestione.

Nella prassi tutti i contratti di rete stipulati fino ad oggi prevedono comunque l’istituzione di tale organo dato che esso è in grado di assicurare una maggior flessibilità e snellezza nella gestione sia alle reti contrattuali che a quelle associative.

Il legislatore è avaro di indicazioni sull’organo comune, lasciando così ampia libertà all’autonomia degli interessati. Su qualche punto, però, sorgono dubbi, quali, al esempio, il modo di esprimersi della riforma (il “soggetto prescelto”³³³), che fa supporre un organo non collegiale, certamente individuabile in uno degli imprenditori individuali o in una delle società partecipanti; la domanda è se non possa invece essere una persona, o un collegio di persone, non - o non interamente - corrispondenti ai partecipanti alla rete. Come già affermato, la lettera sembra escluderlo, ma sarebbe irrazionale; non si comprende perché le imprese possano affidare l’ufficio di organo comune per maggior efficienza ad un manager o ad un collegio di soggetti.

³³⁰ M. ESPOSITO, *Il contratto di rete dopo il c.d. “Decreto Sviluppo”*, in *Ricerche giuridiche*, 94.

³³¹ M. ESPOSITO, *Il contratto di rete dopo il c.d. “Decreto Sviluppo”*, cit., 94.

³³² S. DI DIEGO, F. MICOZZI, *Reti di imprese e contratto di rete*, cit., 129.

³³³ Il decreto ministeriale ne parla come del “mandatario”.

Su tal punto la dottrina è concorde nel sostenere che non sembrano esserci ostacoli ad ammettere che gli imprenditori partecipanti possano affidare l'incarico di eseguire il programma comune ad un organo "plurisoggettivo"³³⁴, la cui gestione potrà essere disgiuntiva o congiuntiva a seconda della volontà espressa dalle parti³³⁵. Se da un lato l'organo monocratico garantisce maggiore tempestività nell'adozione delle scelte di gestione e una maggior semplificazione nei rapporti coi terzi, dall'altro quello collegiale assicura maggiore condivisione delle decisioni. In entrambi i casi l'incarico può essere affidato agli stessi imprenditori aderenti alla rete, in proprio o rappresentati da un procuratore, o a soggetti esterni in considerazione di particolari competenze tecniche da questi possedute. "L'ufficio dell'organo potrà poi essere ricoperto sia da una persona fisica che da una società di persone o di capitali, come emerge dal riferimento al nome, alla ditta, alla ragione o denominazione sociale"³³⁶.

È importante altresì sottolineare che, nelle reti di impresa dotate di organo comune nelle quali i partecipanti non attribuiscono espressamente a quest'ultimo il potere di decidere su ogni materia o aspetto di interesse comune, il contratto di rete deve prevedere le regole per l'assunzione delle decisioni dei partecipanti sulle materie o sugli aspetti non espressamente inclusi nella competenza dell'organo comune.

"La mancata previsione di tali regole suppletive, peraltro, secondo la dottrina non determina la nullità del contratto di rete, bensì esclusivamente l'obbligo per i partecipanti di assumere all'unanimità le relative decisioni. In ogni caso, è opportuno che il contratto di rete disciplini il procedimento di assunzione delle decisioni, di competenza o meno dell'organo comune, stabilendo per esempio, in particolare :

1) se le stesse debbano avere luogo tramite assemblea o sotto altra forma, 2) quali siano le modalità di avviso ai partecipanti, 3) le regole di funzionamento delle eventuali riunioni (nomina di presidente, segretario, verbalizzazione, libri delle decisioni, maggioranze costitutive e deliberative, forme di pubblicità, ecc.³³⁷)".

I criteri di composizione e di nomina dell'organo variano, in quanto vi è, spesso, una correlazione tra dimensione dell'impresa e rappresentanza, con il tentativo di assicurare quest'ultima a tutte le categorie di imprese partecipanti riconoscendo, tuttavia, il diverso peso decisionale correlato alla dimensione³³⁸. Da ciò si evince che la distribuzione del potere tra i partecipanti alla rete non è sempre

³³⁴ V. DONATIVI, *Le reti di imprese: natura giuridica e modelli di governance*, in *Opinioni Diritto Societario*, 12, 2011.

³³⁵ In assenza di una scelta espressa fra amministrazione congiuntiva o disgiuntiva trova applicazione il principio di cui all'art. 1716, comma 2, c.c. in base al quale opera la gestione disgiuntiva.

³³⁶ Retimpresa, Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Linee Guida per i contratti di rete*, cit.

³³⁷ T. CERETTA, G. VECCHIATO, op. cit., . 69 e seg.

³³⁸ Talvolta si creano differenziazioni negli obblighi contributivi e di conferimento in funzione del fatturato e anche della forma giuridica e del ruolo nella filiera degli aderenti (in particolare, in un caso, non si prevedono obblighi di conferimento e contribuzioni a carico degli aderenti in forma di fondazioni; mentre si prevede un conferimento di maggiore entità a carico dell'impresa capofila); non sempre tali differenziazioni si riflettono in altrettanto differenziati poteri decisionali, anche se emerge una certa correlazione (nello stesso contratto di rete le fondazioni hanno comunque diritto di nominare un membro all'interno dell'organo comune; tutte le altre imprese, la capofila inclusa, hanno diritto di nominare gli altri componenti a

paritetica; in taluni casi la diversa dimensione ed il potere contrattuale si traducono in responsabilità e poteri maggiori; dunque, la flessibilità dei criteri di composizione e nomina dell'organo rappresentano un tentativo di superare la rigidità di altri modelli di collaborazione il cui fallimento è stato spesso dovuto all'incapacità di riflettere in un modello di *governance* la diversa rilevanza sui mercati e nella filiera. In molti contratti si formalizza la posizione degli aderenti con la costituzione di un organo, l'assemblea, dotato di poteri rilevanti quali quello della nomina dell'organo comune, dell'approvazione dei bilanci, ove sia prevista la loro redazione, e della modifica del contratto; in alcuni casi, in cui non si preveda l'assemblea, l'organo è composto da tutti i membri della rete, dando luogo ad un modello che riduce o elimina la delega e dunque la distinzione tra programmazione ed attuazione³³⁹.

Si presentano sotto il profilo della distribuzione di poteri tra partecipanti alla rete ed organo comune tre modelli:

- a) forte delega con OC monocratico;
- b) delega limitata con OC collegiale;
- c) assenza di delega con OC la cui composizione coincide con il numero dei partecipanti.

Il livello di delega va, tuttavia, ponderato anche con la distribuzione di poteri tra assemblea ed OC, che non è omogenea tra primo e secondo modello; nel primo modello alla forte delega corrisponde, comunque, un rilevante potere residuo dell'assemblea comprensivo, in alcuni casi, dell'approvazione dei progetti, nel secondo modello la delega, limitata ma più ampia, riduce i poteri dell'assemblea a favore dell'OC. Ne deriva che le funzioni dell'OC variano: da quella di coordinamento, più rilevante nel modello monocratico, a quella gestionale, più significativa nel modello collegiale.

Per quanto attiene alle funzioni dell'organo comune, ad esso spettano sia il potere di gestione che il potere di rappresentanza della rete e dei suoi partecipanti. Con riferimento al potere gestorio, esso consisterà evidentemente nel "potere di dare esecuzione"³⁴⁰ al programma di rete, così come pattuito dalle imprese partecipanti. Tale potere, per espressa previsione legislativa, può essere limitato solo a una

maggioranza; infine, il ruolo di presidente è attribuito alla capofila). In altri casi (es. in una rete per l'erogazione di servizi ai membri) i conferimenti iniziali sono composti da una quota fissa uguale per tutti e da una quota variabile in funzione del fatturato delle imprese aderenti, ed anche i contributi ulteriori sono stabiliti in funzione del fatturato. Tali differenziazioni trovano riscontro nella *governance* dove si prevede un numero minimo di componenti nell'organo comune in ragione di scaglioni di fatturato. Andrebbero considerate anche le clausole di responsabilità ed in particolare quelle che includono o escludono la solidarietà (due casi).

³³⁹ Le differenze tra modello con e senza assemblea sono tuttavia limitate dal momento che anche in assenza di assemblea le regole dettate per le decisioni dei contraenti riflettono in buona misura il metodo assembleare. Ciò, sia con riferimento alle modalità in cui sono prese le decisioni riservate a tutti gli aderenti (ad esempio, in un contratto di rete si prevede che «i partecipanti alla rete decidono, a maggioranza calcolata per capi: a) in ordine all'approvazione di un rendiconto annuale (...); b) in ordine all'approvazione di un bilancio previsionale (...); c) in ordine alla nomina dei componenti del Comitato di Gestione. Il Presidente dovrà convocare tutti i partecipanti alla rete mediante comunicazione scritta (...). L'avviso di convocazione dovrà contenere l'indicazione del giorno, dell'ora e del luogo dell'adunanza e l'elenco delle materie da trattare. Di tutte le deliberazioni dovrà essere redatto verbale (...)), sia con riferimento alle modalità di decisione dell'organo comune (si veda la seguente clausola: «Tutte le decisioni della rete devono essere adottate mediante deliberazione dell'organo comune. L'assemblea dell'organo comune deve essere convocata dal coordinatore»).

³⁴⁰ P. ZANELLI, *Reti d'impresa. I vantaggi fiscali ed organizzativi del contratto di rete*, in <http://www.notaiozanelli.ea26.com/reti-di-impresa-2091120.html>.

o più parti o fasi del programma: è quindi possibile procedere a una ripartizione di competenze fra i vari membri dell'organo, se collegiale, o fra l'organo e le imprese partecipanti, secondo quanto previsto dalla lettera *f*) del comma 4-*ter*. Il potere di gestione comprenderà anche il potere di amministrazione del fondo patrimoniale comune, con l'individuazione delle modalità di impiego degli apporti iniziali e degli eventuali contributi successivi. Nel caso di costituzione di patrimoni destinati non sembra invece possibile attribuire all'organo comune un così ampio potere di gestione dato che i patrimoni continueranno a essere amministrati dagli amministratori delle società istituendo il vincolo di destinazione³⁴¹.

L'art. 45, primo comma, ha recentemente ampliato i compiti dell'organo comune prevedendo che esso sia responsabile, in presenza di un fondo comune, della redazione della situazione patrimoniale della rete basandosi sulle norme previste per la redazione del bilancio delle società per azioni e dei consorzi con attività esterna.

Inoltre, l'organo comune agisce in rappresentanza degli imprenditori, anche individuali, membri della rete (i) nelle procedure di programmazione negoziata con le pubbliche amministrazioni, (ii) nelle procedure inerenti ad interventi di garanzia per l'accesso al credito, (iii) nelle procedure inerenti allo sviluppo del sistema imprenditoriale nei processi di internazionalizzazione e di innovazione previsti dall'ordinamento, (iv) nonché all'utilizzazione di strumenti di promozione e tutela dei prodotti e marchi di qualità o di cui sia adeguatamente garantita la genuinità della provenienza.

Per svolgere la propria attività, l'organo comune può avvalersi di soggetti esterni alla rete, affidarsi alle singole imprese partecipanti per lo svolgimento di specifiche attività, ovvero ancora costituire specifici gruppi di lavoro composti *ad hoc* sia da retisti che da soggetti terzi per l'esecuzione di singoli progetti.

Il rapporto fra i partecipanti alla rete e i membri dell'organo comune è riconducibile al contratto di mandato, disciplinato dagli artt. 1703-1730 c.c., ovvero al negozio con cui una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra. Tale modello contrattuale, dotato di rappresentanza, ha la natura del mandato collettivo³⁴², anche se nulla esclude la possibilità per i singoli partecipanti di affidare all'organo comune anche incarichi individuali o mandati plurimi.

L'organo comune è quindi dotato del potere di rappresentanza, la cui comprensione presenta però non poche difficoltà. La disciplina infatti si caratterizza per la sovrapposizione di due profili, quello relativo alla rappresentanza delle singole imprese aderenti e quello della rappresentanza della rete in quanto tale³⁴².

³⁴¹ A tal riguardo, F. CAFAGGI, *Il contratto di rete nella prassi. Prime riflessioni*, in *Contratti*, 5, 2011.

³⁴² Vedi F. CAFAGGI, *Il contratto di rete. Reti di imprese e contratti di rete. Ripensare la governance alla luce della prassi*, in *I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*.

Per quanto riguarda la rappresentanza delle singole imprese, la disciplina riconosce sicuramente all'organo comune il potere di agire in nome e per conto di ciascun aderente alla rete per le operazioni espressamente indicate nella lett. e) dell'art. 4-ter, facendo così cadere gli effetti degli atti compiuti direttamente nella sfera giuridica delle imprese. Le parti hanno però la facoltà di escludere o di estendere tale potere di rappresentanza dell'organo comune anche al compimento di ulteriori negozi di diritto privato. In ogni caso si ritiene che per le obbligazioni assunte dall'organo comune in nome della rete ma per conto degli aderenti sussista la responsabilità di cui all'art. 2615, comma 2, c.c. Tale articolo, redatto in materia di consorzi con attività esterna, prevede la responsabilità solidale del fondo consortile e del singolo consorziato per le obbligazioni assunte per conto di questo dagli organi del consorzio³⁴³.

Il potere di rappresentanza della rete in quanto tale è ammissibile sia in caso di reti a rilevanza esterna, sia in caso di reti meramente interne. In quest'ultima ipotesi infatti è comunque ammissibile che "l'organo diventi interlocutore"³⁴⁴, in qualità di rappresentante, della rete complessivamente intesa. L'organo comune può quindi anche agire in nome e per conto della rete, con le conseguenze di cui all'art. 45, comma 1, punto 2), della legge 137/2012: "[...] in ogni caso, per le obbligazioni contratte dall'organo comune in relazione al programma di rete, i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo comune"³⁴⁵.

Tale qualificazione giuridica non è priva di conseguenze pratiche; infatti la disciplina del mandato collettivo prevede che sia il conferimento, sia la revoca siano effettuate da ciascun mandante (cioè ciascun partecipante alla rete), pertanto, qualora la decisione di istituire l'organo comune sia presa in un secondo momento di vita della rete, ancorché tale decisione sia prevista come sottoposta a maggioranza semplice o qualificata, lo stesso contratto dovrebbe prevedere che la relativa deliberazione debba vincolare anche i retisti dissenzienti o assenti (salvo diverse previsioni negoziali) al fine di obbligare questi ultimi a conferire il mandato collettivo. Stessa procedura dovrebbe essere introdotta nel contratto di rete per la revoca dell'organo comune (ossia per la revoca del relativo mandato).

Si deve peraltro notare che l'applicazione della disciplina sul mandato comporta che lo stesso possa estinguersi sia nell'ipotesi in cui sia scaduto il termine eventualmente prestabilito al momento del conferimento (termine entro il quale il mandatario deve eseguire l'incarico), sia nel caso in cui quest'ultimo abbia eseguito ed esaurito tutti i compiti oggetto del mandato prima della scadenza del termine. Appare, quindi, necessario che l'istituzione e la revoca dell'organo comune siano coordinate

³⁴³ Per una trattazione più approfondita del regime di responsabilità patrimoniale si rinvia al terzo capitolo del presente lavoro.

³⁴⁴ A. VECCHIA, *L'imprenditore*, Ottobre 2007, 43

³⁴⁵ Prima dell'emanazione della legge 137/2012 il regime della responsabilità verso i terzi dell'organo comune che agisce in rappresentanza della rete veniva ricavato, su espressa previsione della lettera c) del comma 4-ter, dall'art. 2615, comma 1, c.c., che prevedeva lo stesso regime di responsabilità patrimoniale. Tuttavia il richiamo all'art. 2615 c.c. era vincolato dall'espressione "in quanto compatibile" e ciò aveva portato a ipotizzare l'esistenza di situazioni in cui non fosse possibile applicare la responsabilità limitata per le obbligazioni in esame.

con i principi generali del mandato poiché, altrimenti, potrebbe verificarsi l'ipotesi di un organo il cui mandato viene ad estinguersi lasciandolo di fatto privo di poteri.

Le norme sul mandato prevedono, inoltre, l'obbligo per il mandatario di redigere il rendiconto del proprio operato; predisponendo una disciplina di funzionamento dell'organo comune che tenga in considerazione detto obbligo e che sia correlata con le regole previste per la gestione del patrimonio comune.

Data l'insufficienza delle previsioni legali sull'organo comune, le parti devono integrare la struttura contrattuale mediante l'apposizione di clausole che definiscano in particolare la composizione dell'organo, il numero degli incaricati, la durata dell'incarico e cause di cessazione del rapporto tra le quali la rinuncia la cui efficacia dovrebbe essere regolata sulla base degli artt. 2385 e 2386 c.c. sulle società per azioni, le maggioranze con le quali si potrà procedere alla nomina o alla sostituzione dei membri dell'organo, le condizioni di revoca e condizioni per la sostituzione dei singoli componenti, le regole di organizzazione, le procedure di attuazione delle decisioni ed i poteri dei membri.

2.3 Lo scioglimento del contratto di rete: recesso, esclusione e risoluzione del contratto

Con riferimento allo scioglimento dell'intero contratto il legislatore rinvia alle norme generali relative allo scioglimento dei contratti plurilaterali con comunione di scopo; pertanto, in prima battuta, si può individuare come prima causa di scioglimento dell'intero contratto l'ipotesi in cui venga meno, per recesso, esclusione o altra causa, una parte la cui partecipazione debba considerarsi essenziale. Le ulteriori cause di scioglimento possono essere invece individuate attraverso l'applicazione analogica di quanto stabilito dall'art. 2611 c.c. in tema di consorzio; il contratto si scioglie, quindi, per scadenza del termine, per il conseguimento dell'oggetto, per volontà unanime dei consorziati o della maggioranza al sussistere di una giusta causa, oltre che per le altre ipotesi previste nel contratto. Il contratto di rete infatti può essere arricchito con ulteriori cause di scioglimento che le parti vogliono inserire.

Le cause di scioglimento del contratto di rete possono essere recesso, esclusione o risoluzione del contratto di rete per inadempimento o per impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Con riferimento al recesso il legislatore nel comma 4-ter lettera d) rimette, ancora una volta, all'autonomia contrattuale la definizione dei casi e delle modalità di recesso dal contratto di rete limitandosi a prevedere che il contratto debba indicare: “[...] *se pattuite, le cause facoltative di recesso anticipato e le condizioni per l'esercizio del relativo diritto, ferma restando in ogni caso l'applicazione delle regole generali di legge in materia di scioglimento totale o parziale dei contratti plurilaterali con comunione di scopo.*”

La nuova disciplina integra la normativa in tema di recesso ed aggiunge un riferimento allo scioglimento dei contratti plurilaterali con comunione di scopo. Le ipotesi di recesso devono essere calibrate in base al programma di rete e agli interessi concreti dei partecipanti.

A tal riguardo, il recesso non viene considerato tra i diritti che devono essere enunciati nell'ambito del programma di rete, poiché “il programma di rete è finalizzato alla definizione delle *modalità di realizzazione dello scopo comune*”, mentre il recesso si configura come un'evenienza contraria a tale finalità, da disciplinare in maniera rigorosa”³⁴⁶.

“Da tale considerazione emerge che il recesso deve essere disciplinato in maniera tale da non compromettere la stabilità della rete, dunque la conservazione del *surplus* in termini d'innovazione e competitività che le imprese aderenti si sono *reciprocamente* impegnate a perseguire. Perciò, quanto maggiore è l'interesse a garantire la stabilità del programma di rete, tanto più la disciplina del recesso deve contenere disincentivi al suo esercizio”³⁴⁷.

Nell'ottica di tutelare gli altri partecipanti e l'esecuzione del contratto è necessario subordinare il recesso ai principi della correttezza e della buona fede, prevedendo un obbligo di preavviso e, eventualmente, di cessazione differita del rapporto per quanto attiene l'adempimento degli obblighi assunti dal recedente.

Inoltre è ritenuta ammissibile la previsione di un recesso subordinato al verificarsi di una situazione precedentemente definita (recesso vincolato) e di quello collegato al verificarsi di un evento non predeterminato, ma individuabile attraverso un parametro di valutazione indicato nel contratto (recesso per giusta causa)³⁴⁸. Il recesso per giusta causa può essere invocato anche laddove non previsto espressamente dal contratto come rimedio generale”, ad esempio in caso di violazioni gravi degli obblighi contrattuali o della legge da parte dei contraenti o dell'organo comune.

In ogni caso, se si intende prevedere la possibilità di recesso, occorre specificarne le cause, la procedura per l'espletamento del diritto e i suoi effetti

Per quanto riguarda le cause di recesso, ancora una volta, si può fare riferimento al diritto societario, ed in particolare agli artt. 2437³⁴⁹ (recesso nelle Spa) e 2473 c.c. (recesso nelle Srl³⁵⁰).

³⁴⁶ L. ZANNI e M. BELLAVISTA, *Le reti di impresa: una guida operativa per l'avvio di partnership imprenditoriali*, 2012, 34.

³⁴⁷ E. M. TRIPPUTI, *Il contratto di rete*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1, 2011, 83.

³⁴⁸ Retimpresa, Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, cit., 2012.

³⁴⁹ L'art. 2437 c.c. rammenta che hanno diritto di recedere, per tutte o parte delle loro azioni, i soci che non hanno concorso alle deliberazioni riguardanti:

- a) la modifica della clausola dell'oggetto sociale, quando consente un cambiamento significativo dell'attività della società;
- b) la trasformazione della società;
- c) il trasferimento della sede sociale all'estero;
- d) la revoca dello stato di liquidazione;
- e) l'eliminazione di una o più cause di recesso;
- f) la modifica dei criteri di determinazione del valore dell'azione in caso di recesso;
- g) le modificazioni dello statuto concernenti i diritti di voto o di partecipazione.

Salvo che lo statuto disponga diversamente, hanno diritto di recedere i soci che non hanno concorso all'approvazione delle deliberazioni riguardanti:

- 1) la proroga del termine;
- 2) l'introduzione o la rimozione

³⁵⁰ L'art. 2473 c.c. precisa che spetta all'atto costitutivo determinare quando il socio può recedere dalla società e le relative modalità. In ogni caso il diritto di recesso compete ai soci che non hanno consentito al cambiamento dell'oggetto o del tipo di società, alla sua fusione o scissione, alla revoca dello stato di liquidazione al trasferimento della sede all'estero alla eliminazione di una o più cause di recesso previste dall'atto costitutivo e al compimento di operazioni che comportano una sostanziale

In aggiunta, si possono immaginare circostanze specifiche che giustificano, per l'impresa aderente, l'uscita, che possono essere legate alle attività e agli obiettivi previsti per la Rete.

In questo contesto può assumere rilevanza il monitoraggio del raggiungimento degli obiettivi sulla base degli indicatori riportati nel contratto all'art. 3, poiché il loro mancato raggiungimento costituisce una giusta causa di recesso. Nella prassi delle imprese, tuttavia, si riscontra uno scarso utilizzo di clausole negoziali sul recesso e quindi, le imprese sono lasciate libere di uscire senza alcun vincolo.

“Questa impostazione non è da valutare positivamente, in quanto, i risultati delle attività di rete difficilmente possono essere immediati, e quindi la possibilità di uscire rapidamente dalla Rete, per di più senza specifici motivi, potrebbe essere una causa di insuccesso dell'esperimento aggregativo”³⁵¹.

Per quanto riguarda la procedura di recesso, questo dovrà essere indirizzato all'organo preposto comune, oppure a tutti i partecipanti mentre per la sua opponibilità ai terzi, esso deve essere iscritto nel registro delle imprese. Nella redazione del contratto appare idoneo la previsione di un termine: che sia iniziale, ossia a partire dal quale è possibile esercitare il recesso, non potendo escludersi, infatti, che il programma di rete generi vantaggi competitivi ed innovazione valutabili solo a partire da un certo momento; di preavviso per l'efficacia del recesso, da determinarsi in relazione ai tempi di ricerca di un nuovo partner che possa surrogare l'attività svolta dall'impresa receduta, la quale nel frattempo dovrà comunque garantire il suo apporto. L'aspetto di maggiore rilevanza è la conseguenza di tale uscita. Il recesso dalla rete può problemi significativi dal punto di vista economico.

Per quanto riguarda gli effetti del recesso tra le parti del contratto, è evidente che il mandato conferito per l'attuazione degli scopi della rete cessa nei confronti dell'impresa receduta. In tal caso, sempre nell'ottica di disincentivare il recesso, non è inopportuno prevedere un corrispettivo ai sensi dell'art. 1373, comma 3 c.c. (c.d. multa penitenziale).

Nei confronti dei terzi, l'esigenza per gli effetti del recesso riguarda la previsione di meccanismi idonei ad evitare che il recesso di un'impresa si ripercuota sulla stabilità finanziaria della rete”³⁵².

modificazione dell'oggetto della società determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti attribuiti ai soci a norma dell'articolo 2468, quarto comma. Restano salve le disposizioni in materia di recesso per le società soggette ad attività di direzione e coordinamento. Nel caso di società contratta a tempo indeterminato il diritto di recesso compete al socio in ogni momento e può essere esercitato con un preavviso di almeno 180 giorni; l'atto costitutivo può prevedere un periodo di preavviso di durata maggiore purché non superiore ad un anno. I soci che recedono dalla società hanno diritto di ottenere il rimborso della propria partecipazione in proporzione del patrimonio sociale. Esso a tal fine è determinato tenendo conto del suo valore di mercato al momento della dichiarazione di recesso; in caso di disaccordo la determinazione è compiuta tramite relazione giurata di un esperto nominato dal tribunale, che provvede anche sulle spese, su istanza della parte più diligente; si applica in tal caso il primo comma dell'art. 1349. Il rimborso delle partecipazioni per cui è stato esercitato il diritto di recesso deve essere eseguito entro 180 giorni dalla comunicazione del medesimo fatta alla società. Esso può avvenire anche mediante acquisto da parte degli altri soci proporzionalmente alle loro partecipazioni oppure da parte di un terzo concordemente individuato da soci medesimi. Qualora ciò non avvenga, il rimborso è effettuato utilizzando riserve disponibili o, in mancanza, corrispondentemente riducendo il capitale sociale; in quest'ultimo caso si applica l'art. 2482 e, qualora sulla base di esso non risulti possibile il rimborso della partecipazione del socio receduto, la società viene posta in liquidazione. Il recesso non può essere esercitato e, se già esercitato, è privo di efficacia, se la società revoca la delibera che lo legittima ovvero se è deliberato lo scioglimento della società.

³⁵¹ M. DI PACE, *La rete di imprese. Istruzioni per l'uso*, in <http://www.unimercatorum.it/wp-content/uploads/2013/04/La-Rete-di-Imprese-IV-edUM.pdf>.

Si possono formulare, in via generale, due ipotesi: negare la liquidazione o riconoscere una liquidazione alla scadenza del contratto di rete da calcolare al tempo del recesso.

A tal riguardo, è utile prospettare l'applicabilità della disciplina fissata in materia di consorzi dall'art. 2609 c.c., per la quale la quota di partecipazione dell'impresa receduta si accresce proporzionalmente a quelle degli altri, dove per quota non ci si riferisce alla quota di partecipazione al patrimonio del consorzio, ma al complesso di diritti inerenti alla fase del ciclo produttivo gestita dal consorzio. L'applicabilità di tale regola impone la previsione nel contratto delle modalità per la determinazione della quota dell'impresa uscente³⁵³.

Viceversa, per quanto riguarda la figura dell'esclusione, essa - sebbene utilizzabile nella rete - non è richiamata testualmente dalla disciplina del contratto di rete; in questo caso nel contratto di rete vanno disciplinate le cause dell'esclusione, la sua procedura e gli effetti che ne derivano.

Le considerazioni fatte precedentemente in materia di recesso sono applicabili anche nel caso di disciplina dell'esclusione. Tuttavia, le cause di esclusione sono molto più "delicate" di quelle del recesso, per cui è opportuno che esse siano precisamente individuate, per evitare che si possano creare dubbi nella loro interpretazione.

In genere le cause di esclusione consistono nella violazione di doveri che derivano dal contratto e dallo svolgimento delle attività di rete. Anche sul piano della procedura, è necessario prevedere delle garanzie, che consentano all'impresa in via di esclusione di far valere le proprie ragioni³⁵⁴.

Per quanto riguarda le conseguenze dell'esclusione di un partecipante, in assenza di una disciplina espressa dal contratto si applica quella del consorzio che ammette il diritto alla quota di liquidazione³⁵⁵, calcolata nel momento in cui si verifica la causa, ma differita al momento in cui si scioglie la rete.

Infine, "nell'esercizio dell'autonomia negoziale, i partecipanti possono inserire nel contratto di rete clausole volte a disciplinare il diritto di risoluzione a favore dei partecipanti"³⁵⁶. "È dubbio, però se tale facoltà possa spingersi fino al punto di introdurre un divieto assoluto di risoluzione: prudentemente si ritiene difficile ammetterlo"³⁵⁷.

Il rimedio delle risoluzioni è revocabile da parte del singolo partecipante, nel caso in cui vi sia un inadempimento da parte degli altri dei loro obblighi, a condizione che il mancato adempimento, secondo le regole generali, assuma un carattere di ragionevole gravità e risulti necessario per l'economia complessiva del rapporto. In tale prospettiva, assume rilevanza il carattere fungibile o meno della

³⁵² F. CONTÒ, P. LA SALA, *Networks territoriali e reti di imprese. Circuiti di sviluppo integrato per l'agroalimentare lucano*, 2012, 107.

³⁵³ L. ZANNI e M. BELLAVISTA, *Le reti di impresa: una guida operativa per l'avvio di partnership imprenditoriali*, 2012, 37.

³⁵⁴ M. DI PACE, *La rete di imprese. Istruzioni per l'uso*, in <http://www.unimercatorum.it/wp-content/uploads/2013/04/La-Rete-di-Imprese-IV-edUM.pdf>.

³⁵⁵ L'art. 2609 c.c. stabilisce che in caso di recesso o esclusione la quota di partecipazione del consorziato si accresce proporzionalmente a quelle degli altri. Tale quota secondo la dottrina non è la quota di liquidazione e pertanto si deve riconoscere al recedente o all'escluso il diritto alla quota di sua spettanza, la quale sarà costituita da un credito per la parte di valore che ha contribuito a creare con i propri versamenti.

³⁵⁶ T.CERETTA, G. VECCHIATO, *Fare rete tra imprese. Manuale per costruire, governare e valutare le reti d'impresa*, 2012, 105.

³⁵⁷ T.CERETTA, G. VECCHIATO, *Fare rete tra imprese. Manuale per costruire, governare e valutare le reti d'impresa*, 2012, 105.

prestazione oggetto dell'inadempimento del partecipante: nel primo caso, infatti, la probabilità che il mancato rispetto dell'obbligo causi pregiudizi irreversibili al contratto di rete è di regola più ridotta³⁵⁸.

Inoltre, per evitare controversie in merito all'esistenza di tale requisito, i partecipanti possono predeterminare nel contratto di rete, tramite apposite clausole risolutive espresse, la casistica degli inadempimenti che legittimano l'esercizio del diritto di risoluzione, nonché le conseguenze del medesimo, che potranno essere di tipo pecuniario oppure non pecuniario (per esempio obbligo di seguire determinate prestazioni in favore della rete e/o dei partecipanti).

Ai fini dell'efficacia della risoluzione nei confronti dei terzi, occorre infine non confondere tra loro due diversi profili: il primo, riguarda l'efficacia della risoluzione verso i terzi che siano vincolati da uno specifico rapporto contrattuale con la rete, singoli partecipanti e/o gruppi di partecipanti, nel quale sia prevista la prestazione inadempita o divenuta impossibile, che venga invocata dal partecipante a fondamento della risoluzione del contratto di rete esistente tra il partecipante e le altre imprese aderenti; tale efficacia si intende disciplinata dalle regole generali di legge in materia di risoluzione, in quanto, sotto l'aspetto citato, non ha luogo alcuna modificazione del contratto di rete sotto il profilo soggettivo.

Il secondo, riguarda invece l'efficacia della risoluzione verso i terzi non coinvolti nel rapporto contrattuale con la rete dal quale trae origine l'esercizio della facoltà di risoluzione da parte del singolo partecipante; la risoluzione del loro rapporto comporta sempre una modificazione soggettiva del contratto, pertanto deve essere oggetto di iscrizione nel Registro delle Imprese affinché sia opponibile a terzi.

Anche per l'ipotesi di risoluzione, è fondamentale che i partecipanti disciplinino preventivamente nel contratto di rete le conseguenze della cessazione del rapporto, al fine di evitare incertezze.

In proposito possono essere addotte le stesse considerazioni già svolte in relazione all'ipotesi del recesso e dei suoi possibili effetti mentre per l'efficacia dell'iscrizione dell'atto di adesione nel Registro delle Imprese valgono le stesse considerazioni generali svolte in relazione ai requisiti di opponibilità a terzi degli effetti del contratto di rete³⁵⁹.

Lo scioglimento del vincolo, in ogni caso (recesso, esclusione e risoluzione) pone il problema di stabilire in che modo avverrà la fase di liquidazione del fondo comune.

Nel caso di rete che svolga un'attività economica comune con rilevanza esterna, la cd. rete associativa, si rende necessaria la previa liquidazione del patrimonio in favore dei creditori alla cui garanzia è vincolato il fondo comune, solo in un secondo momento sarà possibile distribuire la restante parte tra gli aderenti. In assenza di indicazioni sulle modalità di liquidazione potrebbe applicarsi la disciplina dettata dagli artt. 2274 e ss. c.c. per le società di persone, come prospettato anche per il consorzio. "In base a tale norme, dal verificarsi della causa di scioglimento l'organo comune non potrà

³⁵⁸ T. CERETTA, G. VECCHIATO, *Fare rete tra imprese. Manuale per costruire, governare e valutare le reti d'impresa*, 2012, 105.

³⁵⁹ T. CERETTA, G. VECCHIATO, *op.cit.*, 106.

più esercitare le operazioni richieste per l'attuazione del programma di rete e dovrà compiere gli atti necessari per lo svolgimento dell'attività di liquidazione³⁶⁰».

Nell'ipotesi di conferimenti al fondo comune mediante lo strumento dei patrimoni destinati invece lo scioglimento comporterà l'applicazione dell'art. 2447 *novies* c.c., con l'obbligo, a carico degli amministratori, di redigere il rendiconto finale e di depositarlo presso il registro delle imprese, nonché di provvedere “alla liquidazione dei creditori secondo le disposizioni sul tema proprie delle società di capitali, di cui agli artt. 2484 e ss. c.c.³⁶¹”.

³⁶⁰ M. DI PACE, *La rete di imprese. Istruzioni per l'uso*, in <http://www.unimercatorum.it/wp-content/uploads/2013/04/La-Rete-di-Imprese-IV-edUM.pdf>.

³⁶¹ T. CERETTA, G. VECCHIATO, *Fare rete tra imprese. Manuale per costruire, governare e valutare le reti d'impresa*, 2012, 86.

CAPITOLO V

IL REGIME DI RESPONSABILITÀ NEL CONTRATTO DI RETE

La normativa in tema di “contratto di rete” è in continua evoluzione soprattutto relativamente al tema della responsabilità contrattuale.

La natura costantemente in *progress* del testo normativo rende difficile e spesso vana la possibilità di affrontare un’analisi della fattispecie portando ad ipotizzare differenti soluzioni, alcune delle quali sono al centro del presente studio.

Il contratto di rete, nel susseguirsi degli interventi legislativi, dalla natura meramente contrattuale è giunto a diventare un nuovo soggetto giuridico autonomo e distinto da quello dei singoli partecipanti.

È necessario pertanto individuare le regole di imputazione delle operazioni economiche che derivano dall’attività di più imprese legate tra loro in forza di un contratto di rete e le relative conseguenze in caso di inadempimento sia all’interno della rete che verso i terzi contraenti, analizzando la relazione di compatibilità con gli altri strumenti contrattuali preesistenti, in particolare con il consorzio.

Come già affermato precedentemente, anche prima delle novelle del 2012, “quello della responsabilità era uno dei pochi aspetti di cui si occupava la disciplina di legge, operando (nel caso in cui la rete fosse dotata di un fondo patrimoniale comune), un rinvio alle norme dettate in tema di consorzio con attività esterna³⁶²”.

La versione attuale della disciplina sul contratto di rete, come modificata in ultimo nel 2012 afferma che al fondo patrimoniale comune eventualmente previsto nel contratto di rete si applicano “le disposizioni di cui agli articoli 2614 e 2614 secondo comma del codice civile”. La novella del 2012 aggiunge alla disciplina originaria, in maniera innovativa, la disposizione per la quale “in ogni caso, per le obbligazioni contratte dall’organo comune in relazione al programma di rete, i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo comune³⁶³”.

È necessario, quindi, individuare la “ragione del rinvio” e in che modo deve essere inteso, nonché comprendere se le norme dettate in tema di consorzio possono essere applicate pienamente senza alcun limite; “o se piuttosto la loro applicazione rappresenti un ulteriore rinvio, questa volta all’opera dell’interprete, chiamato a verificare in concreto quale parte del disposto richiamato, e in quali casi, debba trovare concreta applicazione³⁶⁴”.

Prima di verificare il grado di compatibilità degli articoli 2614 e 2615 c.c. e le regole di imputazione della responsabilità patrimoniale da applicare al contratto di rete, bisogna distinguere le differenti tipologie di contratto di rete in base alle loro caratteristiche strutturali.

³⁶² O. DE CICCO, *Organizzazioni imprenditoriali non societarie e responsabilità*, cit. 244.

³⁶³ O. DE CICCO, *Organizzazioni imprenditoriali non societarie e responsabilità*, cit. 244.

³⁶⁴ O. DE CICCO, *Organizzazioni imprenditoriali non societarie e responsabilità*, cit. 244.

1. La disciplina della responsabilità patrimoniale nelle differenti tipologie di reti di impresa

1.1 Rete priva di fondo patrimoniale comune

Il fondo patrimoniale è un elemento facoltativo del contratto di rete, la cui presenza è però un prerequisito per l'acquisto della soggettività giuridica da parte della rete, infatti l'art.3 D.L. n. 5 del 2009 al comma 4-*quater* subordina la possibilità di iscrivere il contratto di rete nella sezione ordinaria del Registro delle esclusivamente per i contratti in cui sia prevista la costituzione del fondo comune, pertanto le reti prive di fondo patrimoniale non possono essere reti-soggetto, ma esclusivamente reti-contratto.

Si osserva, preliminarmente, che mentre la norma di cui al comma 4-*ter* dell'art. 3 D.L.n.5/2009 detta una disciplina (che abbiamo in precedenza definito "sub disciplina") concernente il profilo della responsabilità patrimoniale per le obbligazioni contratte dall'organo comune in una rete dotata di fondo patrimoniale comune (e delle questioni ad esso relative ci si occuperà nei paragrafi successivi); invece, il profilo della responsabilità, nelle reti prive di fondo patrimoniale, necessita di essere ricostruito sulla base dei principi e delle regole che governano le obbligazioni "plurisoggettive"³⁶⁵.

Ciò avviene, ovviamente, solo in presenza di reti "chiuse" il cui programma è meno articolato e che, soprattutto, non svolgono attività con i terzi.

In tal caso quando conseguono spese per lo svolgimento dell'attività di rete "ad esse possono far fronte tutti i partecipanti alla rete, come pure taluno di essi, salvo poi ripartire il debito nei rapporti interni e secondo quanto convenuto o, in mancanza, in misura uguale o proporzionale alla differente partecipazione"³⁶⁶.

Si applica, dunque, la normativa prevista per il consorzio con attività interna, nel quale l'indicazione nel contratto degli obblighi assunti e i contributi dovuti dai consorziati deve essere sempre indicata.

il consorzio con attività interna, come quello con attività esterna, subisce dei costi per l'espletamento della sua attività, pertanto i singoli partecipanti devono apportare provviste finanziarie da cui nasce la loro responsabilità verso la rete.

Peraltro si potrebbe ipotizzare che, "nell'evenienza ora considerata, anziché provvedere al amento delle spese una volta che queste si presentino, si decida per la formazione di una sorta di "cassa", magari anche destinandovi beni di proprietà comune"³⁶⁷.

Tale "cassa" rimarrà comunque sottratta alla disciplina consortile, poiché ci si limita a considerare le reti "chiuse" e non "aperte", con la conseguenza che "non applicandosi l'art. 2614 c.c., non solo di tale

³⁶⁵ A. ORESTANO, *La conclusione dei contratti plurilaterali*, in *Trattato del contratto*, Milano, 2006, il quale, in considerazione della pluralità, non già di soggetti, ma di centri di interessi, ritiene preferibile alla locuzione contratti plurilaterali quella di "bilaterali a parte plurisoggettiva", nonché plurisoggettivi.

³⁶⁶ O. DE CICCIO, *Organizzazioni imprenditoriali non societarie e responsabilità*, Napoli, 2012, 246.

³⁶⁷ O. DE CICCIO, *op. cit.*, 247.

“cassa” potrà chiedersi la divisione anticipata, ma, ciò che più conta, essa potrà essere oggetto di esecuzione da parte dei creditori particolari degli imprenditori in rete, i quali, dunque, non trovano ostacoli al loro agire: limitatamente, ovviamente, alla misura della partecipazione alla rete da parte di ciascuna impresa³⁶⁸”.

Dall’analisi del regime della responsabilità nelle reti di impresa, si distingue l’ipotesi in cui le obbligazioni siano contratte in una rete dotata di organo comune, da quella in cui tale organo non vi sia.

1.2 Rete di impresa priva di organo comune

Nello schema normativo delineato dal legislatore, nonostante la rilevanza strategica dell’assetto organizzativo ai fini della realizzazione del programma comune, la competenza del c.d. “organo comune” è prevista come facoltativa rispetto a quella decisionale dei singoli partecipanti e non è confinata ad una mera funzione rappresentativa degli aderenti finalizzata a garantirne un rilievo unitario nei rapporti con i terzi (o di rappresentanza nell’ipotesi di rete soggettivizzata). “Al contrario il ruolo dell’organo comune è incentrato su veri e propri “poteri di gestione” (art. 3 comma 4-*ter*, lett. *e*), oltre ai poteri di rappresentanza, inerenti all’esecuzione del contratto o di singole parti o fasi di esso³⁶⁹”.

“L’organo comune perciò risponde ad un’esigenza di organizzazione del fenomeno reticolare attraverso la ripartizione di funzioni, in ragione delle competenze di ciascuno, al fine di dare attuazione al programma di rete, come del resto contemplato dallo stesso legislatore nel diritto generale dei contratti per i contratti c.d. aperti (art. 1332 c.c.)³⁷⁰”.

La costituzione dell’organo comune è una facoltà e non di un obbligo, in sua assenza i terzi entrano direttamente in contatto con i partecipanti alla rete o con alcuni di essi che operano per conto della rete, il contratto di rete potrebbe prevedere o meno che per le attività rientranti nell’oggetto del contratto di rete; in questo modo si configurano rapporti contrattuali con i terzi, in alcuni casi di natura bilaterale, in altri di natura plurisoggettiva³⁷¹.

La configurazione plurisoggettiva può costituire la modalità con cui le imprese aderenti alla rete si relazionano al mercato; ciononostante non sono precluse anche altre soluzioni, a tal scopo bisogna verificare quali e quanti soggetti aderenti al contratto di rete si rendano assuntori delle obbligazioni verso i terzi.

La rete, infatti, può comportare lo svolgimento di attività condivise mediante l’esercizio in comune o forme di collaborazione diversamente declinabili grazie alla stipulazione di differenti contratti in capo alle singole imprese, o mediante la conclusione di negozi posti in essere da una pluralità di imprese

³⁶⁸ O. DE CICCO, *op.cit.*, 247.

³⁶⁹ V. DONATIVI, *Le reti di imprese : natura giuridica e modelli di governance*, in Società, 2011, 1429.

³⁷⁰ A. GIAMPIERI, voce *Organo della persona giuridica*, in *Dig.disc. priv.*, XIII, Torino, 1995, 189 ss.

³⁷¹ A. ORESTANO, *La conclusione dei contratti plurilaterali*, in *Trattato del contratto*, Milano, 2006.

aderenti alla rete. Nel caso dell'assunzione di obbligazioni, da parte di più imprese, ci si trova in un'ipotesi in cui più soggetti (le imprese partecipanti alla rete) sono coobbligati nei confronti di una medesima controparte contrattuale, ossia si è in presenza di un'obbligazione soggettivamente complessa. “È importante ricordare che la pluralità di soggetti obbligati non deve essere confusa con un complesso di contitolari unitariamente inteso, ossia un gruppo unitario, poiché in quel caso non si tratterebbe di obbligazioni solidali, ma di obbligazioni sociali³⁷²” le quali sono imputabili giuridicamente ad un gruppo, mentre quelle solidali ai singoli condebitori e concreditori.

Nell'affrontare il tema della responsabilità nelle reti caratterizzate da assenza di organo comune, si fa riferimento alla categoria delle obbligazioni soggettivamente complesse, categoria di matrice puramente dottrinale³⁷³, senza richiamare direttamente le figure tipiche di pluri-soggettività delle obbligazioni disciplinate nelle Sezioni III e IV del Capo VIII Titolo I del Libro delle obbligazioni nel Codice civile.

Bisogna, così, partire da due considerazioni: da un lato è necessario guardare alla tipologia ed alle caratteristiche delle attività poste in essere dalle imprese in forza dell'operare della rete, dall'altra bisogna valutare la portata della categoria delle obbligazioni soggettivamente complesse.

Per quanto riguarda la natura delle attività, che possono realizzarsi in forza della rete, essa può essere molteplice: le imprese possono assumere obblighi di *dare*, di *facere*, di *non facere* e di *praestare*³⁷⁴ e le prestazioni oggetto di tali obbligazioni possono presentare i caratteri della divisibilità o indivisibilità.

A loro volta, “le figure di obbligazioni soggettivamente complesse si prestano ad essere ordinate alla stregua di due differenti criteri di distinzione: il primo avente come punto di riferimento la natura divisibile, o indivisibile, della prestazione; il secondo avente come punto di riferimento le modalità di attuazione (parziaria, solidale, congiunta) del rapporto obbligatorio”³⁷⁵.

“Dalla combinazione di questi due diversi criteri, è possibile individuare quattro diverse figure di obbligazioni soggettivamente complesse:

- obbligazioni con prestazione divisibile ad attuazione solidale (art. 1294 c.c.);
- obbligazioni con prestazione indivisibile ad attuazione solidale (art. 1317 c.c.);
- obbligazioni con prestazione divisibile ad attuazione parziaria (art.1314 c.c.);
- obbligazioni con prestazione indivisibile ad attuazione congiunta”³⁷⁶.

Come precedentemente accennato, il problema della qualificazione delle obbligazioni che sorgono in capo alle imprese partecipanti alla rete dovrà passare, necessariamente, attraverso l'esame della natura

³⁷² C.M. BIANCA, *Tr. Diritto Civile*, vol. 4 *Obbligazioni*, Milano 1993, ristampa 1999, 700.

³⁷³ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja- Branca*, Libro quarto. Delle obbligazioni, Bologna-Roma, 1963, sub art. 1292, .130. e F.D. Busnelli, *Obbligazioni divisibili, indivisibili e solidali* voce in *Enc. giur.* Treccani, Roma, 1991.

³⁷⁴ L. PANZANI, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2012,

³⁷⁵ In queste riflessioni si accoglie la teoria secondo cui la solidarietà funziona come strumento di attuazione di un'obbligazione soggettivamente complessa, F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974, .53.

³⁷⁶ F.D. BUSNELLI, in *Obbligazioni soggettivamente complesse*, voce in *Enc.dir.*, Milano, 1979, .342, intravede una quinta categoria di obbligazioni soggettivamente complesse: quelle con prestazione divisibile ad attuazione congiunta ex art. 1840 e 1854 c.c

divisibile o meno delle prestazioni, nonché della natura solidale, parziaria o congiunta della relativa attuazione.

Nell'esaminare la natura solidale o parziaria delle obbligazioni divisibili assunte per un medesimo interesse, si può far riferimento, con particolare riguardo alle obbligazioni dei condomini, ad un contrasto giurisprudenziale risolto a Sezioni Unite³⁷⁷.

Per quanto concerne la responsabilità dei singoli condomini per le obbligazioni assunte dal condominio, l'opinione maggioritaria riteneva che operasse il "principio di solidarietà"³⁷⁸, ma, con pronuncia a Sezioni Unite, la Corte di Cassazione ha accolto la tesi secondo cui "le obbligazioni, contratte dal condominio, hanno natura parziaria rispetto ai terzi creditori; per cui le obbligazioni assunte nell'interesse del condominio si imputano ai singoli componenti in proporzione alla quota di ciascuno"³⁷⁹.

"Tuttavia, anche in forza di questa posizione giurisprudenziale, può forse porsi in dubbio che, quando le obbligazioni si caratterizzano per avere ad oggetto prestazioni divisibili, pur in assenza di diversa pattuizione, operi sempre e comunque il regime di solidarietà in capo alle imprese partecipanti alla rete per le obbligazioni assunte in ragione dell'esecuzione del programma comune"³⁸⁰.

Allo stesso modo, d'altronde, "non è da escludersi l'ipotesi che le obbligazioni, assunte in seno ad una rete, possono presentarsi quali obbligazioni con prestazioni indivisibili ad attuazione congiunta"³⁸¹.

Questo si verifica quando "l'obbligazione deve essere eseguita congiuntamente da parte di tutti i debitori o a favore di tutti i creditori"³⁸².

Con riferimento "alla responsabilità per inadempimento imputabile ad uno dei condebitori, si sostiene che ciascun debitore risponda interamente e solidalmente per il danno derivante dalla mancata esecuzione congiuntiva"³⁸³.

A tal riguardo in dottrina non esiste unanimità di interpretazioni: secondo una prima tesi, la responsabilità di ciascun debitore troverebbe fondamento nell'impegno di esecuzione dell'intero contratto e cioè della promessa del fatto proprio e del fatto altrui (l'obbligazione risarcitoria assume carattere solidale, poiché ciascuno è tenuto alla medesima prestazione³⁸⁴); diversamente secondo altra tesi³⁸⁵ dovrebbe trovare applicazione la norma ex art. 1307 c.c.³⁸⁶.

³⁷⁷ 9 Cass. SS.UU.08/9148.

³⁷⁸ Cass. 82/2085; Cass.93/4558; Cass.04/14593; Cass. 05/17563.

³⁷⁹ Cass. 82/2085; Cass.93/4558; Cass.04/14593; Cass. 05/17563.

³⁸⁰ S.M. CARBONE ; A. D'ANGELO, *Cooperazione tra imprese e appalto internazionale*, Milano, 1991, .94.

³⁸¹ C.M. BIANCA, *Diritto civile, L'obbligazione*, Milano, 1993.

³⁸² C.M. BIANCA, *Diritto civile, cit.*, 758.

³⁸³ C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*" in Comm. Scialoja Branca, Libro IV. Delle Obbligazioni, Bologna-Roma, 1967, 73.

³⁸⁴ C.M. BIANCA, *Diritto civile, cit.*, 759.

³⁸⁵ F.D. BUSNELLI, *Obbligazioni divisibili, indivisibili e solidali*, Roma, 1991.

³⁸⁶ Secondo il quale: "Se l'adempimento dell'obbligazione è divenuto impossibile per causa imputabile a uno o più condebitori, gli altri condebitori non sono liberati dall'obbligo solidale di corrispondere il valore della prestazione dovuta. Il creditore può chiedere il risarcimento del danno ulteriore al condebitore o a ciascuno dei condebitori inadempienti".

In mancanza di uniformità di vedute, la valutazione del caso concreto, che di volta in volta potrà verificarsi nelle dinamiche dell'operare della rete, riconduce la fattispecie nel novero delle obbligazioni solidali, parziarie o ad attuazione congiunta.

Altro quesito rilevante riguarda il criterio da applicare per suddividere il debito tra i singoli partecipanti alla rete sul piano dei rapporti interni tra condebitori.

la presunzione di parità delle parti opera, se non risulta diversamente anche nei rapporti interni (art. 1298, comma 2 c.c.). Nell'ipotesi in cui, in base a volontà negoziale, il debito possa dividersi in parti non uguali, ci si chiede quale criterio si può utilizzare per la divisione. Poiché in questa ipotesi ricostruttiva si è esclusa la costituzione del fondo patrimoniale comune, non può pensarsi di ricostruire la quota di partecipazione al contratto (e di conseguenza la quota di assunzione dell'obbligazione) guardando alla quota di partecipazione al fondo³⁸⁷; pertanto non si potrà che guardare all'interesse che la parte detiene nell'assunzione dell'obbligazione.

Tuttavia, anche questo principio può essere oggetto di deroga, poiché i contraenti, in virtù dell'autonomia contrattuale ad essi devoluta, possono pattuire che nei rapporti interni le eventuali perdite prodotte per affari posti in essere in forza della rete, vengano ripartite tra tutti i partecipanti, anziché tra quelli solo interessati, in un'ottica mutualistica di distribuzione del rischio imprenditoriale, tesi che la dottrina³⁸⁸, in relazione ai consorzi, sostiene anche a fronte di alcune pronunce giurisprudenziali³⁸⁹.

In sintesi, il profilo della responsabilità patrimoniale nelle reti di impresa prive di fondo patrimoniale comune si presenta con i tratti della responsabilità contrattuale per obbligazioni plurisoggettive, poiché non opera alcuna forma di autonomia e separazione patrimoniale (prevista dalla norma solo nel caso di reti dotate di fondo patrimoniale comune)³⁹⁰, quando debitori siano una pluralità di imprese retiste. A fronte di questa ricostruzione sorgono numerosi dubbi e conseguenti riflessioni circa il carattere solidale, o meno, delle obbligazioni e i criteri di ripartizione interna nel regresso tra condebitori.

1.3. Rete di impresa dotata di organo comune

Le reti possono anche essere organizzate con organo comune ma senza fondo patrimoniale. Precedentemente alle novità introdotte con la novella ex Legge n.134/2012, per espressa previsione normativa, la figura più appropriata in cui inquadrare il rapporto tra aderenti e organo comune appariva

³⁸⁷ F. CAFAGGI, *Il contratto di rete e il diritto dei contratti*, in *Reti di impresa e contratto di rete*, a cura di M. SCOGNAMIGLIO, *I Contratti*, 2009, 922

³⁸⁸ L. DE ANGELIS, *Appunti sulla responsabilità patrimoniale nei consorzi con attività esterna*, *Riv. soc.* 1983. cit. .1418.

³⁸⁹ C. App. Firenze, 13/6/1977 in *Giur. comm.* 1978

³⁹⁰ A. ORESTANO, op. cit., 22.

essere il mandato, quale archetipo dei rapporti gestori e “forma di collaborazione nell’altrui attività giuridica di valenza generale”³⁹¹.

Il riferimento esplicito al mandato è stato soppresso con le modifiche portate dalla legge sopradetta, tuttavia, a ben vedere, in una rete leggera, il rapporto tra l’organo comune e le imprese aderenti non può che esser ricostruito su un piano meramente contrattuale e la figura giuridica più appropriata continua ad essere il mandato.

Sia in una prospettiva codicistica³⁹², che extracodicistica³⁹³, nel quadro complesso ed articolato dei contratti di collaborazione, il mandato detiene un ruolo centrale in termini di esigenze organizzative e funzionali dell’impresa.

“In opposizione a quanti sostengono che il contratto di mandato, eclissato da schemi negoziali ritenuti maggiormente rispondenti alle logiche della cooperazione, abbia conosciuto un inevitabile ridimensionamento, si preferisce aderire alla tesi secondo cui il mandato rappresenta una piattaforma di riferimento rispetto alla complessa ed ampia fenomenologia dei rapporti di cooperazione gestoria³⁹⁴”.

“Al mandato può essere abbinato il conferimento di poteri di rappresentanza secondo le regole proprie della rappresentanza volontaria. In questo senso deponeva, infatti, la stessa formulazione dell’art.3 comma 4-ter, nel testo in vigore prima delle ultime modifiche, dove l’organo comune veniva qualificato quale “mandatario comune”, e negli stessi termini si era espressa la dottrina maggioritaria³⁹⁵”.

In particolare per quanto concerne il profilo gestorio nel contratto di rete, “stante la comunanza dell’affare, per il quale il mandato è conferito, ed il fatto che l’incarico viene conferito da parte di più mandanti in un unico atto³⁹⁶”, la regolamentazione di riferimento appare risultare quella del mandato collettivo di cui all’art. 1726 c.c..

“La comunanza dell’affare andrebbe valutata esclusivamente sul piano oggettivo del contenuto del mandato, mentre il profilo soggettivo dell’interesse dei mandanti dovrebbe continuare ad esser

³⁹¹ G. DI ROSA, *Il mandato*, in P. SIRENA (a cura di), *I contratti di collaborazione*, Torino, 2011, 32 ss.

³⁹² Fanno riferimento alla disciplina del mandato nell’ambito del codice civile: artt. 18 co.1 (amministrazione in associazioni e fondazioni), art. 217 co.2 (amministrazione dei beni dei coniugi in regime di separazione), 1800 co.3 (amministrazione beni gravati da sequestro convenzionale), 1856 (responsabilità della banca per esecuzione incarico ricevuto dal cliente), 1903 co.2 (incarico conferito agli agenti di assicurazione), 1958 e 1959 (mandato di credito), 2030 e 2032 (*negotiorum gestio*); 2259 co.2 e 2260 (revoca amministratori di società di persone e disciplina diritti e degli obblighi degli stessi); 2609 (cessazione mandato per scopi consortili).

³⁹³ G. CAPO, *Il mandato commerciale*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI, *I contratti per l’impresa*, Bologna 2012, 348 e nt. 19 a titolo esemplificativo cita l’associazione temporanea di imprese ed il contratto di rete appunto, oltre a quanto previsto da D.lgs. 15/2011 e dall’art. 32 L.n.99/2009 nel campo dell’energia.

³⁹⁴ G. CAPO, *Il mandato commerciale*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI, *I contratti per l’impresa*, Bologna 2012, cit. 350.

³⁹⁵ Così, Comitato interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Linee Guida per i contratti di rete*, . 63 ss.; A. DAMIANO, *L’organizzazione nella rete*, in F. CAFAGGI, P. IAMICELI, G.D. MOSCO (a cura di), *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, Milano, 2012, 205 ss.; M. MALTONI, P. SPADA, *Il contratto di rete*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 1, 2011.

³⁹⁶ A. LUMINOSO, *Il mandato*, Torino 2000, 58.

caratterizzato dall'*autonomia* della posizione di ciascuno di essi³⁹⁷”, in quanto ognuno conserva il proprio interesse, personale, indipendente, ancorché non divergente né contrastante rispetto a quello degli altri.

“Contrariamente a questa opinione, si ritiene che al contratto di rete sia sottesa anche la condivisione, da parte delle imprese partecipanti, del medesimo interesse, pertanto i presupposti affinché si configuri un mandato collettivo appaiono ricorrere pienamente”³⁹⁸.

In ogni caso, “non si esclude la possibilità che i partecipanti alla rete affidino all’organo comune incarichi individuali, che si traducono così in un fascio di mandati plurimi”³⁹⁹, ammettendo, in tal modo, che l’esecuzione del contratto sia il risultato della combinazione di un mandato collettivo con una serie di mandati individuali.

Tuttavia, ai fini della presente ricerca, rileva che l’incarico attribuito dai partecipanti all’organo comune, per dare esecuzione del contratto o di una o più parti o fasi di esso, sia inquadrabile come mandato collettivo.

Relativamente alla struttura dell’organo comune, non fornendo il dato normativo alcuna indicazione, “ampio spazio è lasciato all’autonomia negoziale: l’organo comune può assumere configurazione monocratica (composto da un solo soggetto per lo più uno degli aderenti) o pluri-personale (ossia composto da tutti gli aderenti o loro rappresentanti) e la prassi sta dimostrando l’adozione delle diverse formule⁴⁰⁰”.

“Quando l’organo comune è costituito in forma collegiale, il rapporto di mandato che si innesta nell’accordo reticolare sarà non solo collettivo *ex art. 1726 c.c.*, ma anche congiunto ai sensi dell’art. 1716 c.c. (dal lato dei mandatari) e l’esecuzione potrà esser congiuntiva o disgiuntiva a seconda della volontà dei partecipanti alla rete⁴⁰¹”.

Oltre all’analisi della composizione delle parti, mandanti e mandatari, è necessario approfondire i poteri conferiti con il mandato; in tale ottica particolare attenzione merita la verifica della struttura del contratto per ricondurlo alla figura che agisca con rappresentanza o meno.

La prima versione del comma 4 - ter prevedeva infatti senz’altro, e quindi necessariamente, la previsione di un “*organo comune incaricato di eseguire il contratto, (e de) i suoi poteri, anche di rappresentanza*”⁴⁰².

La previsione che si occupa dell’azione di tale “organo” specificava (come avviene ancora oggi) che anche il regime *ex lege*, peraltro dispositivo, del suo potere rappresentanza, oltre a non essere generale (essendo piuttosto confinato alla sola partecipazione alle specifiche procedure elencate dal comma 4-

³⁹⁷ A. DAMIANO, *L’organizzazione nella rete*, 214, in F. CAFAGGI, P. IAMICELI G.D. MOSCO (a cura di), *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, Quaderni della Giurisprudenza commerciale, Milano 2012.

³⁹⁸ A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tr. Cicu Messineo*, Milano, 1984, 159.

³⁹⁹ A. LUMINOSO, op. cit., 159.

⁴⁰⁰ F. CAFAGGI, P. IAMICELI G.D. MOSCO, *Il contratto di rete e le prime pratiche: linee di tendenza, modelli e prospettive di sviluppo, I contratti*, 2012, 799 ss.

⁴⁰¹ Ai sensi dell’art. 1716 c.c., nel mandato conferito ad una pluralità di mandatari, questi possono operare disgiuntamente se nel mandato non è dichiarato che devono agire congiuntamente.

⁴⁰² M. SCIUTO, *Imputazione e responsabilità nel contratto di rete* in *Quaderno di Giurisprudenza Commerciale* dedicato alle reti di imprese a cura di G. D. MOSCO E F. CAFAGGI, 14.

ter⁴⁰³) comporta che detto organo agisca “*in rappresentanza delle imprese, anche individuali*”. Quindi, con lo scopo di non andare oltre il contenuto della lettura del testo normativo, in nome e per conto di esse; come del resto risulta espressamente affermato nella versione attuale della normativa.

“La medesima conclusione trovava poi, e trova tuttora, conferma nella disciplina dei “distretti” (art. 1, commi 366 e 368, l. 266/2005), che come noto è estensibile alle reti di imprese, sia pure a particolari condizioni e previa autorizzazione amministrativa”⁴⁰⁴.

Da tale disciplina - nella parte riferita ai rapporti con le pubbliche amministrazioni - si evince che i rapporti di cui all'art. art. 1, commi 366 e 368, l. 266/2005 sono comunque intrattenuti dalle “imprese”, sia pure per mezzo dell'organo incaricato.

Il quale agisce (secondo lo stesso regime di rappresentanza evocato dalla disciplina “comune” della rete, e cioè del comma 4-ter) come una sorta di interlocutore unico dell'amministrazione, per conto delle singole imprese, ma, si direbbe anche, in loro nome⁴⁰⁵: e ciò non solo perché già prima della novella del 2010 la disciplina in discorso chiariva (come tutt'oggi) che “le domande, le richieste, istanze ovvero qualunque altro atto idoneo ad avviare ed eseguire il rapporto ovvero il procedimento amministrativo” - pur se “espressamente formati”, per mezzo dell'organo incaricato dalle reti, “nell'interesse delle imprese aderenti” - “*si intendono senz'altro riferiti quanto agli effetti, alle medesime imprese*” (e non già alla rete come tale, o al distretto); ma perché poi detta disciplina parrebbe doversi ritenersi integrata ora dalla disciplina posteriore - e cioè per l'appunto dalla novella del 2010 - a stregua della quale rispetto a tutti i contratti di rete (e quindi a prescindere che ricorrano o meno le condizioni di assimilazione ai distretti), “l'organo comune agisce in *rappresentanza* degli imprenditori (...) *nelle procedure di programmazione negoziata con le pubbliche amministrazioni*”⁴⁰⁶.

In ogni caso poi è sempre la disciplina prevista in tema di distretti, ma richiamata per le reti, a prevedere che “la stipulazione di negozi di diritto privato per conto delle imprese avviene *secondo le norme di cui agli articoli 1703 e seguenti del codice civile*” (art. 1, comma 368, lett. b, n. 3, della l. 266/2005).

Già rispetto alla prima formulazione legislativa del contratto di rete pareva potersi concludere che l'“organo comune”, nel dare esecuzione al programma di rete, agisse normalmente (ferma la diversa ipotesi prevista dall'art. 2615, co., 2, c.c.) *in nome e per conto delle imprese aderenti secondo gli schemi del mandato*

⁴⁰³ Cfr. C. CAMARDI, *op. cit.*, 258.

⁴⁰⁴ Sulla base di criteri che, peraltro, non vengono previsti dalla legge neppure in via di massima: il che inquieta. Sull'estensione della disciplina dei distretti (con i quali opererebbe una sorta di “assimilazione”), e per un tentativo di enucleare in via interpretativa quali dovrebbero esserne i criteri, v. comunque M. ONZA, *Il contratto di rete*.

⁴⁰⁵ *Contra* però, anche se con riferimento alla disciplina precedente alla novella del 2010, M. ONZA, *op. loc. ult. cit.*, secondo il quale nella negoziazione con le pubbliche amministrazioni delle reti “assimilate” ai distretti, la negoziazione dell'ufficio esecutivo sarebbe avvenuta necessariamente per conto, ma non anche in nome delle (benché poi si ammetta: “*con effetti ex lege dirottati sulle*”) imprese aderenti. In ogni caso, il profilo della negoziazione con le pubbliche amministrazioni parrebbe secondario nell'analisi del regime patrimoniale della rete qui indagato, da analizzarsi invece soprattutto con riferimento ai meccanismi d'azione privatistica.

⁴⁰⁶ M. SCIUTO, *Imputazione e responsabilità nel contratto di rete* in *Quaderno di Giurisprudenza Commerciale* dedicato alle reti di imprese a cura di G. D. MOSCO E F. CAFAGGI, 15.

*con rappresentanza, producendo effetti direttamente imputabili a queste ultime*⁴⁰⁷.

”Con la possibilità però - come meglio si dirà in seguito - di concentrare la garanzia patrimoniale per le obbligazioni così assunte sul solo “fondo patrimoniale comune ” (o, nella prima versione della disciplina, sui “patrimoni destinati” *ad hoc*) e non sul patrimonio delle singole imprese”⁴⁰⁸.

Tale concezione pare oggi, a seguito della novella, ulteriormente rafforzata dalla vigente formulazione del comma 4 - *ter*.

”Il quale innanzitutto, al secondo capoverso, prevede soltanto come *eventuale* la “nomina di un organo comune incaricato di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l’esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso”.

La previsione non pare meritare eccessiva considerazione (sempre ai fini della questione qui affrontata) nella parte in cui prevede come soltanto eventuale la nomina di un organo comune. Difatti, essendo una tale “eventualità” prospettata parallelamente a quella della “istituzione di un fondo patrimoniale comune”, parrebbe che con essa si voglia piuttosto alludere alla possibilità che la rete si limiti ad un’attività meramente interna e per tale fine è inutile sia il fondo patrimoniale comune sia, conseguentemente, l’organo comune. Diversamente, però, laddove il programma di rete prevedesse il compimento di un’attività esterna, avvalendosi di un fondo patrimoniale comune: ipotesi in cui allora la nomina di un organo comune risulterebbe coesenziale⁴⁰⁹”.

“Quel che però risulta più significativo è che, nella vigente formulazione della norma, riceve evidenza testuale (pur sostenibile anche prima per via interpretativa) la constatazione che l’organo comune opera “in nome e per conto dei partecipanti”. Dunque non in rappresentanza (organica) dell’ente, ma in nome e per conto dei partecipanti, secondo lo schema di un mandato collettivo⁴¹⁰”.

Il testo legislativo si riferisce, nella sua versione attuale, al mandato collettivo, per di più, il comma 4-*ter* (al terzo capoverso, lett. *e*), qualifica l’organo comune esplicitamente come *mandatario comune*, prevedendo che esso *possa*, ma non debba, essere “istituito” come *soggetto*⁴¹¹”.

“Tuttavia, nell’analizzare il profilo della responsabilità patrimoniale, è importante focalizzare l’attenzione sull’ipotesi in cui il mandatario agisca senza rappresentanza, poiché quando il mandatario agisce con poteri rappresentativi, gli effetti giuridici si producono direttamente nella sfera giuridiche dei rappresentati (retisti); trovando, così applicazione le considerazioni esposte al paragrafo precedente. Per

⁴⁰⁷ M. SCIUTO, op. cit., 15.

⁴⁰⁸ M. SCIUTO, op. cit., 15.

⁴⁰⁹ Delicata pare invece la questione quando si tratti non di mandato collettivo, bensì di “*mandato plurimo*” (al limite anche da parte di tutti i partecipanti) per finalità che, pur collegate all’esecuzione del contratto di rete, siano direttamente funzionali al “*compimento di operazioni variamente collegate alla sfera di attività del singolo aderente*”^l (e quindi per finalità non propriamente riconducibili ad un “*affare di interesse comune*” come dovrebbe essere per il mandato collettivo: Cass. 26 novembre 2002, n. 16678); e quindi su un piano più prossimo a quello dell’“*incarico individuale*” (pur possibile: cfr. F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *La governance del contratto di rete*, in AA. VV., *Il contratto di rete. Commentario*, cit., 5051; F. CAFAGGI, P. FERRARI, *La responsabilità della rete verso i terzi*, 117 ss.

⁴¹⁰ M. SCIUTO, op. cit., 17.

⁴¹¹ M. SCIUTO, op. cit., 17.

converso, nel mandato senza rappresentanza, il mandatario, pur agendo nell'interesse del mandante, spende tuttavia il proprio nome, in guisa che gli effetti giuridici, con l'eccezione di cui alle norme degli artt. 1705 e 1706 c.c., si producono nella sfera giuridica del mandatario, il quale poi provvederà a ritrasferirli nella sfera del mandante".⁴¹²

"A fronte, dunque, dell'assunzione di un'obbligazione in presenza di un mandato soggettivamente complesso, quando cioè un mandatario agisce per conto di più mandanti, quest'ultimi sono tenuti, per le obbligazioni assunte dal mandatario in forza del rapporto di mandato, a rispondere in solido"⁴¹³.

"La regola della solidarietà passiva, nei rapporti esterni, trova fonte nella norma di cui all'art. 1294 c.c. con cui si prevede che i condebitori sono tenuti in solido, se dalla legge o dal titolo non risulta diversamente"⁴¹⁴.

A prescindere dalla considerazione che non trovi applicazione in via presuntiva la regola della solidarietà, resta da considerare la possibilità che, in sede di assunzione dell'obbligazione, sia accordata una diversa ripartizione della responsabilità.

Relativamente alla responsabilità patrimoniale nelle reti-contratto dotate di organo comune si giunge alle medesime riflessioni cui si è accennato in relazione alle reti-contratto prive di organo comune. È del tutto evidente, inoltre, che la "presenza di un organo comune, che agisce quale mandatario, lo interpone nelle relazioni tra imprese partecipanti e terzi, intermediazione che presenterà caratteristiche ed effetti diversi a seconda che all'organo comune siano stati conferiti, o meno, poteri rappresentativi"⁴¹⁵.

1.4 Rete di impresa dotata di fondo patrimoniale comune

Il regime della responsabilità patrimoniale, nelle reti dotate di fondo patrimoniale comune, era precedentemente alla novella introdotta dalla l. 134/2012 soggetto alla disciplina giuridica del consorzio, con esplicito rinvio nella normativa del 2009, con il limite della compatibilità.

⁴¹² Con le norme di cui agli artt. 1705, 1706 e 1707 c.c., è stata rafforzata la posizione del mandante nei rapporti con il mandatario e con i terzi. Il codice civile con la norma di cui all'art. 1705, prevede che, sebbene nessun rapporto contrattuale si instauri tra terzo contraente e mandante, questi può tuttavia sostituirsi al mandatario per esercitare tale credito (sempreché ciò non pregiudichi i diritti che la legge accorda al mandatario). La norma, anche a causa della non felice formulazione ha dato origine svariate teorie. Sulla base del disposto del primo comma dell'art. 1705, in dottrina vi è accordo sul punto che per le obbligazioni nascenti dal rapporto gestorio a carico del mandatario non si trasmettono al mandante, di talché il terzo non può domandare l'adempimento al mandante. (in questo senso: E. SACCO, *Principio consensualistico ed effetti del mandato*, in *Foro Italiano* 1966, I, . 1384 ss., C. SANTAGATA, *Del mandato. Disposizioni generali (1703-1709)*, Comm. Scialoja Branca, .297 ss.. La giurisprudenza sul punto è oscillante: nello stesso senso della dottrina Cass. 2202/1977 "Nel mandato senza rappresentanza nessun rapporto si costituisce fra mandante e terzo, e il mandatario è direttamente obbligato nei confronti dell'altro contraente anche se il contratto involga interessi esclusivamente propri del mandante e l'altro contraente non ignori l'esistenza di costui."; nel senso, invece, che intervenuta la sostituzione del mandante nei crediti, il terzo possa domandare a costui l'adempimento delle obbligazioni: Cass. 92/1990 "L'esercizio, da parte del mandante, dei diritti di credito sorti in esito all'attività del mandatario, viene a configurare una modificazione soggettiva, in forza della quale il terzo può rivolgersi direttamente contro il mandante in esercizio di ogni azione derivante dalla conclusione del contratto" (in *Giust. Civ.*, 1990, I, 1252) e nello stesso senso Cass. 2714/1964.

⁴¹³ A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, Tr. CM, Milano 1984, .169, nt.46 :nel senso della solidarietà passiva del vincolo dei mandanti nel mandato collettivo si esprimeva espressamente l'art. 1756 del codice civile del 1865, oggi invece, la presunzione di solidarietà passiva discende dalla regola generale dell'art. 1294 c.c..

⁴¹⁴ Cass. SS.UU.9148/2008.

⁴¹⁵ A. BUSANI, *La previsione di un fondo comune*, in *Linee guida per i contratti di rete*, Marzo 2012, .63.

Il testo normativo attualmente vigente presenta un quadro di disposizioni attinenti alla struttura del contratto, e nel mezzo di esse la norma introduce disposizioni anche relative alla disciplina della responsabilità patrimoniale verso i terzi, in parte richiamando le norme sul fondo consortile ed in parte prevedendo espressamente una limitazione di responsabilità patrimoniale relativamente al fondo.

“L’attuale disciplina prevede che solo quando il contratto preveda l’istituzione di un fondo patrimoniale comune e di un organo comune destinato a svolgere un’attività, anche commerciale, con i terzi, al fondo patrimoniale comune si applicano, in quanto compatibili, le norme di cui agli artt. 2614 e 2615 comma 2 c.c. e la rete è assistita da un regime di responsabilità patrimoniale limitata alla capienza del fondo patrimoniale comune.

In base alla disciplina previgente (rispetto alle modifiche *ex l. n. 134/2012*), la responsabilità patrimoniale - nella rete con fondo patrimoniale - era dettata dal rinvio, con clausola di compatibilità, alle norme in tema di fondo consortile di cui agli artt. 2614 e 2615 c.c.⁴¹⁶”. Tale rinvio generava, però, una serie di difficoltà interpretative ed applicative.

I due articoli fanno parte della disciplina dei consorzi con attività esterna: il primo riguarda il fondo consortile prevedendone la costituzione con i contributi dei consorziati e la sua alimentazione attraverso i beni con questi acquistati, nonché esclude che per la durata del consorzio i consorziati possano chiederne la divisione e che i loro creditori possano aggredirlo, ponendo in tal modo un vincolo di destinazione del fondo all’attività ed alle obbligazioni consortili rilevante anche per i terzi.

“Il secondo articolo fa riferimento alla responsabilità patrimoniale, responsabilità che è circoscritta al fondo consortile per le obbligazioni del consorzio e, in via di eccezione, si estende ai singoli consorziati per le obbligazioni assunte per conto di essi.

Nei contratti di rete una conclusione simile era difficile a causa di una serie di elementi di incompatibilità relativamente all’autonomia del fondo⁴¹⁷”. “Autonomia che al fondo consortile viene riconosciuta e sistematicamente giustificata in quanto il fondo è attribuito ad un ente (il consorzio), mentre nel contratto di rete si intravedeva, prima delle modifiche *ex l. n. 134/2012* (secondo le interpretazioni della maggior parte degli interpreti) e tutt’oggi per l’ipotesi nella rete-contratto, un fondo senza poterlo riferire ad un nuovo soggetto giuridico”⁴¹⁸.

Infatti, quando era in vigore la disciplina precedente, si erano sviluppate differenti interpretazioni della stessa, sostenendo, anche, la possibilità di riconoscere nel fondo patrimoniale comune un patrimonio separato a prescindere dalla soggettivizzazione della rete.

⁴¹⁶ Più approfonditamente P. IAMICELI, *Contratto di rete, fondo comune e responsabilità patrimoniale*, in *Il contratto di rete. Commentario*, 63 ss.

⁴¹⁷ P. MANZI, *Profili Antitrust e Contratti di rete*, in http://www.retedimpresa.com/?e_id=232#_ftn7.

⁴¹⁸ Sul punto M. MALTONI, *Il contratto di rete. Prime considerazioni alla luce della novella di cui alla L.n.122/2010*, *Notariato*, 2011, 75.

Per quanto riguarda il rapporto soggetto giuridico - patrimonio autonomo, vigente la disciplina ex l. n. 122/2010, in dottrina⁴¹⁹ si è sostenuta la tesi dell'autonomia patrimoniale non soggettivizzata della rete, giungendo ad affermare che la rete rappresentasse un'ipotesi normativa di patrimonio autonomo, da intendersi quale somma dei patrimoni separati appartenenti alle imprese partecipanti e la cui separazione era subordinata alla realizzazione della destinazione.

“Conclusioni analoghe sembrano oramai doversi trarre - a seguito della novella del 2010 - anche con riferimento all'ipotesi che la dotazione patrimoniale della rete si formi attraverso la costituzione di patrimoni destinati ad uno specifico affare ex art. 2447 *bis* e ss., c.c.”⁴²⁰

“Prima della novella, difatti, tale ipotesi veniva prospettata (almeno stando al tenore della lettera della legge, per come veniva generalmente percepito) quale

alternativa a quella della costituzione di un fondo patrimoniale comune. Si sarebbe trattato allora di coordinare - sia quanto ai profili di imputazione che con riferimento ai poteri di gestione - più patrimoni destinati, ciascuno in principio riferibile alla singola società che li avesse costituiti a tal fine”⁴²¹.

”Certo, già prima della novella del 2010 si sarebbe potuto rilevare che nulla impediva alle imprese (s.p.a.) aderenti di contribuire alla dotazione patrimoniale della rete destinandovi, anziché risorse tratte dal proprio patrimonio generale, le stesse risorse segregate in patrimoni destinati ex art. 2447 *bis* c.c., (e destinati magari proprio all'affare di rete), al fine di formare un fondo patrimoniale comune della rete, sottoposto allora al potere di disposizione del solo organo esecutivo della rete (laddove le attività così apportate dal patrimonio destinato sarebbero state rimpiazzate, al suo interno, dal valore della partecipazione al fondo comune)”⁴²².

“Ma in tal caso sarebbe stato pur chiaro che, dal punto di vista della configurazione giuridica della dotazione patrimoniale della rete, si sarebbe in definitiva tornati all'ipotesi del fondo patrimoniale comune, irrilevante restando poi che le relative risorse fossero provenute direttamente dal patrimonio generale ovvero dal patrimonio destinato della società aderente alla rete”⁴²³.

“Pare essere stata proprio questa, però, la scelta (senza dubbio semplificante, ed allora da salutarsi con favore) compiuta con la novella del 2010.

L'attuale versione del già citato comma 4-*ter*, infatti, prevede innanzitutto che il fondo patrimoniale comune - come già ricordato - si formi con “conferimenti iniziali” dei partecipanti; mentre poi - ed è

⁴¹⁹ M. BIANCA, *Il regime patrimoniale delle reti*, relazione tenuta presso l'Università di Pescara il 10 giugno 2011 nell'ambito del convegno “Le reti di imprese. Uno strumento di sviluppo per le imprese”.

⁴²⁰ M. SCIUTO, *Imputazione e responsabilità nel contratto di rete* in *Quaderno di Giurisprudenza Commerciale* dedicato alle reti di imprese a cura di G. D. MOSCO, F. CAFAGGI, 22.

⁴²¹ M. SCIUTO, *Imputazione e responsabilità nel contratto di rete* in *Quaderno di Giurisprudenza Commerciale* dedicato alle reti di imprese a cura di G. D. MOSCO, F. CAFAGGI, 22.

⁴²² M. SCIUTO, op. cit., 23.

⁴²³ M. SCIUTO, op. cit., 23.

questa la novità - “se consentito dal programma, *l'esecuzione del conferimento* può avvenire anche mediante *apporto di un patrimonio destinato* costituito ai sensi dell'art. 2447 *bis*”, c.c.⁴²⁴”.

“Ne risulta che la tecnica di dotazione patrimoniale del contratto di rete sia oramai *unica*: quella della costituzione di un fondo patrimoniale comune. Il “conferimento” potendo però anche consistere, se le imprese partecipanti (non necessariamente tutte, allora) assumano la veste di s.p.a., nella destinazione a servizio del programma di rete di risorse già segregate in un patrimonio destinato”⁴²⁵.

Dunque la tesi della separazione del fondo, che fino a poco meno di un anno e mezzo fa, era frutto di alcune elaborazioni della dottrina è diventata previsione normativa, disponendo ora la norma che “[...]in ogni caso, per le obbligazioni contratte dall'organo comune in relazione al programma di rete, i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo comune”.

La norma, introducendo attraverso l'introduzione dell'ipotesi di limitazione della responsabilità patrimoniale, ha comportato una serie di innovazioni normative soprattutto in materia di responsabilità patrimoniale e regole di imputazione del fondo comune.

Il nostro ordinamento prevede sostanzialmente due tecniche⁴²⁶ per la creazione di patrimoni separati in deroga al principio dell'unità del patrimonio e conseguente responsabilità illimitata del soggetto debitore.

La prima tecnica è quella che vede la creazione di patrimoni separati attraverso la creazione di nuovi soggetti, nuove persone giuridiche, siano esse società commerciali, associazioni, fondazioni.

La seconda tecnica impiegata nel nostro ordinamento per la creazione di patrimoni separati è definita “*tecnica delle articolazioni patrimoniali*”⁴²⁷, la quale consiste nella creazione di patrimoni separati in funzione, in relazione agli scopi perseguiti (familiari, economici, finanziari⁴²⁸), creando così una frammentazione del patrimonio e del conseguente regime della responsabilità patrimoniale del titolare, localizzando la responsabilità di una certa massa di patrimonio a garanzia esclusiva di distinte classi di creditori.

“A seguito di questa evoluzione, pur rimanendo salvo il principio formale del secondo comma dell'art. 2740 c.c., secondo il quale le limitazioni della responsabilità patrimoniale si possono creare solo attraverso la costituzione di un altro soggetto o nei casi previsti dalla legge, l'allargamento degli scopi perseguibili dalle persone giuridiche e la moltiplicazione dei patrimoni separati depotenziano quel principio”⁴²⁹.

⁴²⁴ M. SCIUTO, op. cit., 23.

⁴²⁵ M. SCIUTO, op. cit., 23, nonché M. ONZA, *Il contratto di rete: alcuni profili di qualificazione e di disciplina*, 2010.

⁴²⁶ M. SCIUTO, op. cit., 23.

⁴²⁷ L. BULLO, *Separazioni patrimoniali e trascrizione: nuove sfide per la pubblicità immobiliare*, in *I Quaderni della Riv. dir. Civile*, Padova 2012.

⁴²⁸ L. BULLO, *Separazioni patrimoniali e trascrizione: nuove sfide per la pubblicità immobiliare*, cit.

⁴²⁹ M. NUZZO, *L'interesse meritevole di tutela tra liceità dell'atto di destinazione e opponibilità dell'effetto della separazione patrimoniale*, in *I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, 1, 2010.

Nel quadro così descritto parrebbe inserirsi anche la norma che formalizza il principio per cui il regime di responsabilità limitata al fondo sarebbe correlato non tanto all'imputazione del fondo ad un soggetto giuridico autonomo, né alla spendita del nome della rete o dei retisti, bensì all'assunzione delle obbligazioni in relazione al programma di rete.

“La limitazione di responsabilità, poiché opera tanto per le reti dotate di soggettività (rete-soggetto), quanto per quelle meramente contrattuali (rete-contratto), non risulta sia stata ancorata tanto e solo alla *soggettivizzazione* o comunque parrebbe poter prescindere dall'imputazione ad uno/ o più soggetti, mentre, invece risulta ancorata alla *destinazione*, cioè al fatto che le obbligazioni siano state contratte in relazione al programma comune”, permettendo forse di formulare la locuzione “fondo patrimoniale destinato e, in quanto tale, autonomo”.

2. Compatibilità con le norme vigenti in materia di consorzio

Concentrando, ora, l'attenzione sulla limitazione della responsabilità patrimoniale, appare necessario prendere preliminarmente in considerazione la parte iniziale della disposizione normativa concernente il fondo patrimoniale comune.

La previsione originaria⁴³⁰ operava un rinvio alle norme di cui agli art. 2614 e 2615 c.c., ora, mentre il richiamo è rimasto immutato per l'art. 2614 (che sancisce l'indivisibilità del fondo e non aggredibilità dello stesso da parte dei creditori particolari degli aderenti alla rete), invece per l'art. 2615 il richiamo è stato limitato al secondo comma (ossia la previsione che riguarda l'ipotesi di responsabilità solidale del fondo e del singolo consorziato per le obbligazioni assunte dall'organo per conto del singolo partecipante).

La lettura del rinvio non è priva di difficoltà a causa di due motivi principali: innanzitutto le norme sono dettate per il consorzio con attività esterna, ossia un autonomo centro di imputazione che, in quanto tale, è dotato se non di personalità giuridica, quanto meno, di soggettività giuridica. Il secondo motivo concerne il fatto che il rimando è verso norme la cui interpretazione, già di per se, non è pacifica.

Per quanto riguarda il primo ordine di motivi, “stante la mancanza (fino a prima della novella ex l. n. 134/2012) di autonoma soggettività alla rete⁴³¹”, alcuni interpreti⁴³² hanno espresso un giudizio

⁴³⁰ Introdotta in forza delle modifiche operate con la L. n. 99/2009 e rimasta invariata fino ad agosto 2012 quando, con la l. n. 134/2012 l'intero profilo della responsabilità patrimoniale è stato modificato ed il richiamo all'art. 2615 limitato solo a secondo comma.

⁴³¹ Con l'attuale formulazione normativa, invece, si può aver rete “senza soggettività” e rete “con soggettività giuridica”.

⁴³² G.D. MOSCO in *Frammenti ricostruttivi sul contratto di rete*, in *Giur. Comm.*, I, 2010, 859, per il quale “maggiori e più sostanziali perplessità emergono con riguardo al primo comma dell'art-2615, che limita la responsabilità patrimoniale del consorzio sul fondo consortile. Soprattutto, l'organizzazione comune del consorzio, elemento qualificante della stessa definizione consortile, è un'organizzazione che, secondo molti interpreti, è di tipo corporativo, tale da attivare un controllo

negativo “in ordine alla applicabilità della disciplina consortile, non essendo ravvisabili obbligazioni della rete (come previsto al primo comma dell’art. 2615 c.c.) ma soltanto obbligazioni dei partecipanti alla rete, assunte per loro conto dall’organo comune”.

Al contrario si è anche ritenuto⁴³³ compatibile l’intero richiamo alle norme sulla responsabilità patrimoniale nel consorzio” e questa tesi va attentamente considerata, tanto più ora che, a seguito nella novella introdotta nel 2010, è venuto meno (almeno in parte) il fondamento dell’obiezione di quanti negavano la compatibilità per mancanza di soggettività alla rete.

La tesi della compatibilità, con la rete, delle norme consortili richiamate comporta la difficoltà di individuare una distinzione tra obbligazioni “della rete” ed obbligazioni assunte “per conto dei partecipanti alla rete⁴³⁴”.

A tal proposito diverse sono state le interpretazioni fornite circa la distinzione tra le due categorie di obbligazioni (sempre in materia di consorzio poiché si sta analizzando il rinvio all’art. 2615 c.c.): a fronte di tesi dottrinali e giurisprudenziali⁴³⁵, le quali distinguevano tra obbligazioni “interne” o prettamente “consortili” (assunte per far fronte alle esigenze di funzionamento del consorzio), ed obbligazioni “esterne” o verso terzi.

“Il criterio di distinzione, tra i due tipi di obbligazioni e il conseguente regime di responsabilità, è stato ravvisato *nell’interesse che l’atto è destinato a realizzare*: pertanto il regime di *responsabilità limitata* al fondo consortile opererebbe per le obbligazioni contratte nell’interesse di cui il consorzio è titolare, mentre si verserebbe in un *regime di responsabilità illimitata e solidale* in capo alle imprese per il cui esclusivo interesse il consorzio abbia assunto obbligazioni”⁴³⁶.

reciproco tra gli organi. In mancanza, nella disciplina legale della rete, di ogni analogha previsione, viene revocato in dubbio il superamento della prova di compatibilità richiesta dal legislatore”.

⁴³³ R. RORDORF, *Le Società*, 1992, 84.

⁴³⁴ F. PAOLUCCI, *Consorzi e società consortili nel diritto commerciale*, in *Dig. 4 ed.*, sez. comm., 4346 n. 15.

⁴³⁵ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 3ed. 1960, 131-132; G. MINERVINI, *Concorrenza e consorzi*, in Tr. Grosso Santoro-Passarelli, Milano, 1961, 95;

F. GALGANO, *Le fasi dell’impresa nei consorzi far imprenditori*, in *Contr.e impr.* 1986, 9., P.G. JAEGER, *Responsabilità verso i terzi delle persone che hanno la rappresentanza del consorzio e dei singoli consorziati*, in *Riv. dir. ind.* 1960, II, 186.

M.R. MORELLI, *Il regime di responsabilità patrimoniale dei consorzi ad attività esterna tra istanze di snellezza operativa ed esigenze di tutela dei terzi contraenti*, in *Foro it.*, 1980 c.1994; in giurisprudenza: Cass. 79/4130 secondo cui: “Le obbligazioni assunte in nome del consorzio dalle persone che ne hanno la rappresentanza - per le quali, a norma dell’art. 2615, comma 1 (nel testo anteriore alla riforma della legge n. 377/1976), rispondono soltanto il fondo consortile e le persone che hanno agito in nome del consorzio - non sono soltanto quelle assunte dal consorzio in via strumentale per la sua stretta organizzazione materiale, ma sono tutte quelle assunte nella gestione rappresentativa degli interessi del consorzio in generale, secondo le finalità risultanti dall’atto costitutivo del medesimo; sono invece obbligazioni assunte dal consorzio per conto dei singoli consorziati - per le quali rispondono questi ultimi solidalmente col fondo consortile, ai sensi del comma 2 dell’art. 2615 citato - tutte quelle che riguardano operazioni commerciali relative ai beni prodotti dai singoli consorziati, i relativi diritti e i trasferimenti di tali diritti, in quanto il consorzio è costituito come organismo preordinato all’attuazione di una disciplina unitaria di tali attività, e non del loro assorbimento o sostituzione. Conseguentemente, le singole imprese consorziate non sono passivamente legittimate rispetto alla azione diretta al amento delle provvigioni e delle indennità derivanti da un contratto di agenzia stipulato dal consorzio per l’attuazione delle finalità consortili”. Cass. 51/387, in *Riv. dir. ind.*, 1952, II, 32 (con nota di R. CARRÀ.) e F. it. 1951, c. 422; e Cass. 51/1382.

⁴³⁶ P. CENDON, *Commentario al codice civile. Artt. 2595-2642: Concorrenza, consorzi, disposizioni penali*, 2615.

Passando al secondo ordine di motivazioni, e quindi all'esame dell'ultima parte della disciplina contenuta nell'art. 2615 c.c., non è chiaro se la norma si riferisca all'insolvenza del solo consorziato per conto del quale è stata assunta l'obbligazione ovvero di entrambi i debitori solidali (consorziato interessato e consorzio).

In dottrina le opinioni sono contrastanti: da un lato si ritiene che la norma si riferisca all'insolvenza del solo consorziato e dall'altro, invece, che la norma trovi applicazione quando l'obbligazione non sia stata adempiuta né dal consorzio con il fondo, né dal singolo consorziato⁴³⁷.

Sempre in dottrina si sostiene che “la norma riguardi solo i rapporti interni tra consorziati”⁴³⁸, pertanto “sarebbe da escludersi la possibilità per i terzi di agire direttamente verso i singoli consorziati”⁴³⁹. Inoltre, alla tesi secondo cui il consorzio risponde del debito con il fondo consortile e poi, stante l'insolvenza del singolo, il consorzio si rivale verso tutti i singoli consorziati ripartendo così la perdita, si contrappone una diversa opinione secondo cui l'insolvenza è da intendersi come insolvenza del singolo consorziato e del fondo e tale insolvenza si rifletterebbe verso il terzo, con conseguente insorgenza, ex lege, di un obbligo in capo a tutti i consorziati “che il debito si ripartisca tra tutti in proporzione delle quote”⁴⁴⁰, debito pari all'ammontare (residuo) del credito vantato dal terzo verso i condebitori insolventi, potendo così il terzo soddisfarsi sul fondo costituito dai versamenti.

Dopo aver analizzato la normativa vigente in tema di consorzio (cui si fa espresso rinvio), si giunge così all'indagine relativa alla compatibilità alla disciplina della contratto di rete in tema di responsabilità, ossia, più precisamente, di limitazione di responsabilità al fondo patrimoniale comune della rete.

Per verificare la compatibilità si può far ricorso a due criteri tra loro opposti.

“Si distingue, infatti, in dottrina un'opinione in forza della quale la compatibilità andrebbe valutata secondo il criterio della *ratio legis*, ossia si avrebbe compatibilità nel caso di somiglianza data dall'elemento teleologico della fattispecie disciplinata con quella da disciplinare; e altra diversa opinione secondo cui il vaglio di compatibilità dovrebbe accertare il ricorrere di medesime caratteristiche strutturali del caso o della materia regolata con quella non regolata”⁴⁴¹.

“Se si ricorresse a quest'ultima tesi, allora si dovrebbe sostenere che le norme consortili sono dal legislatore richiamate per le reti che presentano elementi strutturali simili a quelli che caratterizzano i consorzi (fondo comune, organo comune)”⁴⁴².

A diversi risultati si potrebbe pervenire se si accedesse alla tesi secondo cui il vaglio di compatibilità deve sottendere la ricerca di una *medesima ratio*: a questo proposito si prova a verificare la compatibilità,

⁴³⁷ G. VOLPE PUTZOLU, *I consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia*.

⁴³⁸ G.D. MOSCO, *I consorzi tra imprenditori*, Milano, 1988, 245 ss.

⁴³⁹ G.D. MOSCO, *I consorzi tra imprenditori*, Milano, 1988, 245 ss.

⁴⁴⁰ O. DE CICCO, “*Organizzazioni imprenditoriali non societarie e responsabilità*”, *op. cit.*, 250.

⁴⁴¹ G. CIAN, *Annullamento, ratifica e tutela della controparte*, in *Riv. dir. civ.* 1973, 552.

⁴⁴² N. IRTI, *Per una lettura dell'art. 1324 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 561.

nell'accezione di condivisione della *medesima ratio*, della norma di cui all'art. 2614 c.c. con la disciplina sui contratti di rete.

“Si tratta, quindi, di capire, se il richiamo alla norma di cui all'art. 2614 c.c. debba valere quale norma enunciativa di un risultato che comunque si conseguirebbe tramite l'analogia, e quindi se la ragione giustificatrice insita nella disciplina sul fondo patrimoniale comune sia la medesima del fondo consortile, oppure se l'inciso “*in quanto compatibili*” significa che la definizione della disciplina concernente il fondo patrimoniale è rimessa alle parti e quindi anche la possibilità di richiamare, o meno, in via suppletiva, le norme consortili”⁴⁴³.

“Mentre nei consorzi la disciplina in punto di indivisibilità del fondo è dettata da norma di carattere inderogabile; invece, come si è più volte ribadito, nei contratti di rete la disciplina e la regolamentazione degli interessi è ampiamente rimessa, dal legislatore, all'autonomia negoziale e, a questo punto, ci si chiede se la libertà di determinazione si estenda anche al profilo concernente la divisibilità, o meno, del fondo comune”⁴⁴⁴.

Il richiamo alla norma dell'art. 2614 c.c. in tema di consorzio, che prevede l'indivisibilità del fondo finché dura il consorzio, porta a prendere in considerazione anche la norma di cui all'art. 37 c.c. nonché l'ultimo comma dell'art. 24 c.c. (in tema di associazioni riconosciute e non riconosciute). Tuttavia va dato conto che la titolarità del fondo, in specie nel caso delle reti-contratto, integra un'ipotesi di comunione, pertanto ci si potrebbe trovare di fronte a due tipologie di regolamenti totalmente opposti: da un lato, se si invoca la disciplina della comunione, dovrebbe ritenersi applicabile l'art. 1111 c.c. che riconosce il diritto al comunista di domandare lo scioglimento della comunione con conseguente divisione del bene comune in natura, ove possibile (ex art. 1114 c.c.), oppure con assegnazione del bene ad un comunista o vendita all'incanto; dall'altro lato, invece, si prevede prevedono l'impossibilità di chiedere la divisione del fondo comune finché dura l'associazione o il consorzio.

“La ragione delle norme relative alle associazioni e ai consorzi è la tutela dei creditori dell'associazione e del consorzio, poiché, secondo la Relazione al codice civile (n.58), il fondo rappresenta la garanzia dei terzi”⁴⁴⁵.

Tuttavia per le società, nonostante il fatto che anche in esse il patrimonio sociale costituisca garanzia per i terzi, è previsto il diritto del socio uscente alla liquidazione della quota (art. 2289, art. 2437-ter, art. 2585 c.c.).

La ragione di questa differenza normativa risiederebbe, secondo un'opinione dottrina⁴⁴⁶, nella natura lucrativa o quanto meno economica dello scopo perseguito dal socio, rispetto alla natura non economica degli scopi perseguiti dall'associazione.

⁴⁴³ Retimpresa, 2011. *Guida pratica al Contratto di Rete d'Impresa*. Novembre 2011.

⁴⁴⁴ A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 559.

⁴⁴⁵ D. RUBINO, *Le Associazioni non riconosciute*, Milano 1952, 176.

“Di conseguenza, se questa rappresenta realmente la *ratio* della differente disciplina prevista dal legislatore per le associazioni rispetto alle società, allora la disciplina del contratto di rete dovrebbe essere ricondotta alle regole previste per le società ma, nel contempo, non si riuscirebbe a spiegare perché per i consorzi, il cui scopo perseguito è indubbiamente economico, non sia prevista la liquidazione della quota”⁴⁴⁷.

“La ragione va dunque ravvisata altrove, ossia nel fatto che il legislatore ha voluto evitare che la forza economica dell’associazione e del consorzio si depotenziano per l’uscita di ogni singolo membro, oltre al fatto che la norma è volta a tutelare la stessa collettività degli associati o consorziati che hanno destinato”⁴⁴⁸ un patrimonio ad uno scopo.

Un’ulteriore ragione - che potrebbe valere anche per il contratto di rete - consiste nella salvaguardia della compattezza della comine nell’interesse del gruppo, che, a sua volta, indurrebbe a formulare un positivo giudizio di compatibilità tra la disciplina del contratto di rete e quella dettata dall’art. 2614 c.c., soltanto nel caso cui, anche nel contratto di rete, si riconosce il prevalere di un interesse collettivo a mantenere compatta la dotazione patrimoniale funzionale alla realizzazione del programma comune.

A ciò si deve aggiungere un’ulteriore considerazione relativa all’autonomia negoziale dei partecipanti alla rete.

Infatti, pur partendo dal presupposto che le parti sono “autonome” nello stabilire se dotare la rete di fondo patrimoniale o meno, e nel dettarne le regole per la gestione, se il fondo viene costituito assume un ruolo e una funzione che il legislatore ci indica con la previsione che “in ogni caso per le obbligazioni contratte dall’organo comune in relazione al programma comune, i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente nei limiti del fondo”: è innegabile, pertanto, la natura autonoma e separata del fondo. Ed è proprio il fatto che la costituzione del fondo patrimoniale comune conferisca autonomia patrimoniale alla rete a far sì che esso rappresenti l’unica forma di garanzia sulla quale possono istituzionalmente far conto i terzi; pertanto è in nome di questa funzione di garanzia che si ritiene gli elementi patrimoniali non sottraibili alla loro specifica destinazione finché dura la rete.

“Pertanto, l’esistenza di un vincolo di destinazione sul fondo patrimoniale comune, rappresenterebbe la ragione per cui si può ritenere che il fondo non sia suscettibile di divisione, né possa esser aggredito dai creditori particolari dei retisti, ossia la ragione per la quale si ritiene compatibile la norma di cui all’art. 2614 c.c. con la disciplina del fondo patrimoniale comune”.

“Pertanto, sia il concorrere delle partecipazioni alla realizzazione dello scopo comune (per quanto ad esso possa affiancarsi uno scopo individuale di accrescimento della capacità innovativa e della competitività del singolo partecipante alla rete), sia la funzione di garanzia che il fondo svolge, portano

⁴⁴⁶ F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, Comm. Scialoja Branca, 2 ed. Bologna-Roma 1976, 209; D. Rubino, *Le Associazioni non riconosciute*, Milano, 1952, 174.

⁴⁴⁷ A. BORGIOI, *Consorzi e società consortili*, in *Tr. Cicu Messineo*, Milano 1985, 364.

⁴⁴⁸ A. BORGIOI, *Consorzi e società consortili*, in *Tr. Cicu Messineo*, Milano 1985, 364.

ad ammettere la compatibilità tra la disciplina della gestione del fondo patrimoniale comune e la norma di cui all'art. 2614 c.c.⁴⁴⁹”.

Analizzata la compatibilità della norma ex art. 2614 c.c. con la disciplina del fondo e presumendo che possa essere traslata, si giunge all'indagine finalizzata all'analisi della compatibilità dell'art. 2615, comma 2, c.c. con la disciplina sul contratto di rete, più precisamente sul fondo patrimoniale comune della rete.

Anzitutto, le modifiche apportate con la l. 134/2012 hanno ridotto il richiamo alla disciplina consortile, restringendo il rimando al solo secondo comma dell'art. 2615 e introducendo la previsione che *“in ogni caso per le obbligazioni assunte dall'organo comune in relazione al programma di rete i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo comune”*⁴⁵⁰.

La norma di cui al primo comma dell'art. 2615 c.c. prevede che per le obbligazioni assunte in nome del consorzio dalle persone che ne hanno la rappresentanza, i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo consortile. La rimozione del richiamo al primo comma dell'art. 2615 c.c. trova una serie di spiegazioni, infatti analizzando le opinioni di coloro i quali avevano incentrato i loro studi sul tema, si constatava spesso l'affermazione della inapplicabilità del primo comma dell'art. 2615 c.c. e cioè della regola che governa le obbligazioni *“assunte in nome del consorzio”* alla rete.

La dottrina convergeva su tale conclusione sul presupposto che, non avendo la rete soggettività giuridica, si riteneva non vi potessero essere obbligazioni assunte in suo nome e conto.

Per quanto riguarda invece il secondo comma dell'art. 2615 c.c. *“non solo si poteva asserire l'applicazione al contratto di rete, ma che era consentito ritenere operasse sempre: e proprio perché gli obblighi assunti per conto delle imprese in rete”*⁴⁵¹.

*“Con la sola differenza che, diversamente da quanto si verifica nel consorzio, dove si è visto che, nel silenzio della norma, deve intendersi che si riferisca alle obbligazioni assunte in nome del consorzio e per conto dei consorziati, in questo caso si sarebbe trattato di obbligazioni ancora assunte per conto dei partecipanti alla rete ma altresì in loro nome con la conseguenza che per tutte le obbligazioni sottoscritte in adempimento del contratto di rete, o meglio, in esecuzione del programma in esso indicato, i terzi avrebbero potuto contare tanto sul fondo comune quanto sul patrimonio degli imprenditori in rete”*⁴⁵².

“Come si può notare, la vigente previsione di limitazione di responsabilità ha un'estensione maggiore rispetto all'area di applicabilità della norma di cui al primo comma dell'art. 2615 c.c., in quest'ultimo,

⁴⁴⁹ Retimpresa, Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Linee Guida per i contratti di rete*, Marzo 2012.

⁴⁵⁰ Retimpresa, Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Linee Guida per i contratti di rete*, Marzo 2012.

⁴⁵¹ O. DE CICCIO, *Organizzazioni imprenditoriali non societarie e responsabilità*, cit., 251.

⁴⁵² O. DE CICCIO, *Organizzazioni imprenditoriali non societarie e responsabilità*, cit., 251.

infatti perché la responsabilità sia limitata al fondo consortile pare esser sufficiente che le obbligazioni siano assunte *in nome* del consorzio da parte di chi ne ha la rappresentanza”⁴⁵³.

“Viceversa, nella norma che concerne la responsabilità limitata al fondo patrimoniale comune della rete, il presupposto richiesto consiste nel fatto che le obbligazioni siano assunte dall’organo comune in relazione al programma di rete, ossia la limitazione di responsabilità opera a prescindere dalla spendita del nome della rete”⁴⁵⁴.

Nella normativa vigente, modificata nel 2012, la distinzione deve essere effettuata tra obbligazioni contratte dall’organo comune in relazione al programma e obbligazioni per le quali opera il secondo comma dell’art. 2615 c.c. (trattandosi in tale circostanza di responsabilità diretta del consorziato, cui si aggiunge, in via sussidiaria, quella del consorzio).

Riprendendo l’analisi argomentativa nei riguardi del contratto di rete, a questo punto, anche in tale evenienza si pone il problema di effettuare una distinzione tra obbligazioni contratte in relazione al programma (e assunte quindi per conto della rete in quanto tale, per le quali la responsabilità è limitata al fondo) ed obbligazioni assunte per conto di ciascuno dei retisti per le quali ci si chiede se possano valere le stesse considerazioni che dottrina e giurisprudenza, in tema di consorzio, hanno elaborato con riferimento alla norma del secondo comma art. 2615 c.c., nonché alla responsabilità del fondo si affianchi quella dei patrimoni dei singoli imprenditori interessati.

In quest’ultima ipotesi (con riferimento ai consorzi), inoltre, se l’obbligazione è assunta per una pluralità di “singoli” imprenditori, secondo parte della dottrina⁴⁵⁵, questi sarebbero obbligati in solido verso i terzi.

“Se, come si è detto per i consorzi, anche per le reti si voglia ritenere operante il criterio rappresentato *dall’interesse sotteso all’assunzione delle obbligazioni*, allora, lì dove esso sia quello rappresentato dal dare esecuzione al programma comune, opererà la limitazione di responsabilità alla capienza del fondo; diversamente, ove l’agire *dell’organo comune sia per conto dei singoli retisti*, questi risponderanno solidalmente con il fondo comune”⁴⁵⁶.

Esistono, però, una serie di circostanze e criticità, che fanno sorgere dei dubbi al riguardo. Innanzitutto, tale comparazione (tra consorzio e contratto di rete) non prende in considerazione il fatto che “la rete è “ontologicamente” propedeutica anche al conseguimento di un vantaggio collettivo”, “per cui, tutti i partecipanti potrebbero essere considerati come destinatari di esso: con

⁴⁵³ M. SCIUTO, *Imputazione e responsabilità nel contratto di rete* in *Quaderno di Giurisprudenza Commerciale* dedicato alle reti di imprese a cura di G. D. MOSCO, F. CAFAGGI.

⁴⁵⁴ F. CAFAGGI, *Il contratto di rete. Reti di imprese e contratti di rete. Ripensare la governance alla luce della prassi*, in *I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*.

⁴⁵⁵ G. D. MOSCO, *I consorzi tra imprenditori*, Milano 1988, 243 che richiama la tesi di L. DE ANGELIS, *Appunti sulla responsabilità patrimoniale nei consorzi*, in *Riv. soc.* 1983, 1393.

⁴⁵⁶ M. SCIUTO, *Imputazione e responsabilità nel contratto di rete* in *Quaderno di Giurisprudenza Commerciale* dedicato alle reti di imprese a cura di G. D. MOSCO, F. CAFAGGI.

conseguente loro assunzione permanente di responsabilità”⁴⁵⁷. Ed infatti, poiché si tratta di “un beneficio che ricorre in via diretta e immediata in favore di tutti - il che nella rete in tesi non può mai escludersi - ciò che dovrebbe seguire è l’impegno da parte dei contraenti per tutte le obbligazioni assunte. Il che però, a seguito dell’affermata autonomia patrimoniale del fondo patrimoniale comune, non è ciò che accade”⁴⁵⁸.

In secondo luogo, “l’assunzione dell’interesse quale criterio distintivo tra le diverse obbligazioni e la responsabilità conseguente, deve essere applicato con molta attenzione, poiché non è da escludere che talvolta anche alla realizzazione del programma comune sia sotteso un interesse ed un impegno che riguarda solo alcune imprese e non tutte”⁴⁵⁹.

In quest’ipotesi resta da capire quale, tra le due regole, dovrà essere assunta: quella della responsabilità patrimoniale limitata al fondo comune, giacché l’obbligazione è contratta in relazione al programma comune, ovvero la regola della responsabilità solidale delle imprese nel cui interesse l’obbligazione è assunta (prevista dal secondo comma dell’art. 2615 c.c.).

“A ben vedere, a seconda del criterio che si decida di assumere, potremmo considerare valida l’una o l’altra risposta: se considerassimo prevalente il criterio dell’interesse facente capo ad alcuni ma non tutti i retisti, troverebbe applicazione il secondo comma dell’art. 2615 c.c.”⁴⁶⁰; diversamente, se si ritenesse prevalente il criterio della “attività eseguita in relazione al programma comune”, allora vigerebbe la limitazione di responsabilità al fondo.

Tuttavia la dizione della norma, con l’utilizzo della locuzione “*in ogni caso*”, parrebbe eliminare, o al massimo ridurre, ogni rischio di sovrapposizione tra l’applicazione delle norme consortili e la limitazione di responsabilità.

La norma, al comma 4-ter n. 2 così recita: *[...]2) al fondo patrimoniale comune si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 2614 e 2615, secondo comma, del codice civile; in ogni caso, per le obbligazioni contratte dall’organo comune in relazione al programma di rete, i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo comune;[...]*.

In base all’interpretazione letterale si dovrebbe ritenere che il legislatore abbia voluto, in ogni caso che per le obbligazioni assunte in relazione al programma comune, risponda solo il fondo, “poiché il criterio che informa il regime di responsabilità è la riferibilità delle obbligazioni al programma comune, assume particolare rilevanza ed importanza che il programma comune sia definito in modo chiaro ed esauriente, in modo che sia nitida la previsione delle attività ad esso riconducibili. Per quanto concerne il numero delle imprese retiste per le quali l’organo comune agisce, non è di estrema importanza, perché

⁴⁵⁷ O. DE CICCO, *Organizzazioni imprenditoriali non societarie e responsabilità*, cit., 253.

⁴⁵⁸ O. DE CICCO, *Organizzazioni imprenditoriali non societarie e responsabilità*, cit., 254.

⁴⁵⁹ P. Manzi, *Profili Antitrust e Contratti di rete*, in www.retedimpresa.com.

⁴⁶⁰ M. FERRARO, G. MARTINELLI, L. MASON, F. MURARO, R. RANALLI, E. SESTINI, D. TOSON, *Le reti di imprese*, Gennaio 2014, in www.odcecpadova.it.

l'interesse, riconducibile alla rete, anche se è sotteso ad attività che coinvolgono solo alcune e non tutte le imprese, è pur sempre collettivo”⁴⁶¹.

“In riferimento alle norme in tema di consorzio, per coerenza con l'intero impianto normativo, bisognerebbe guardare, dunque, all'interesse concretamente coinvolto. Pertanto, lì dove l'interesse sia della collettività delle imprese retiste, delle obbligazioni assunte si risponderà con il fondo comune”⁴⁶², mentre quando ad essere interessate siano solamente alcune imprese, sono loro a dover rispondere in solido con il fondo.

In particolare, per quanto riguarda la questione della solidarietà tra singole imprese e fondo, in materia di consorzio, sia in giurisprudenza⁴⁶³ che in dottrina⁴⁶⁴ è stato affermato che “[...]trattandosi di responsabilità per debito altrui, l'obbligazione, nei rapporti interni fra consorzio e consorziato, grava unicamente su quest'ultimo”, “poiché gli organi consortili possono esercitare azione di rivalsa per l'intera somma ata nei confronti del consorziato interessato (cd. solidarietà passiva diseguale) pertanto la solidarietà, testualmente prevista dal secondo comma dell'art. 2615 c.c., opererebbe solamente sul piano dei rapporti esterni (in presenza di attività esterne⁴⁶⁵)”.

Tuttavia, la questione che riguarda la responsabilità patrimoniale nei contratti di rete, circa l'applicazione del 2615, comma 2 (solidarietà), o limitazione di responsabilità al fondo, non va risolta guardando ora alle norme sul consorzio ed ispirandosi alla *ratio* ad esse sottese. Infatti, il legislatore ha utilizzato l'espressione “*in ogni caso*”, a significare che in qualsiasi ipotesi, anche e soprattutto di dubbio circa l'applicabilità o meno dell'una o dell'altra disciplina (primo comma o secondo comma dell'art. 2615 c.c.), quando le obbligazioni sono contratte dall'organo comune in relazione al programma comune, la responsabilità è limitata al fondo, ma non è in forza di questa espressione letterale che si intende risolvere la questione. È necessario ricordare che mentre nel consorzio (sotto il profilo della responsabilità) la dicotomia è tra: attività poste in essere dagli organi nell'interesse di tutti e attività poste in essere nell'interesse di singoli consorziati; diversamente accade nel contratto di rete.

⁴⁶¹ M.C. D'ARIENZO (a cura di), *Il contratto di rete. Aspetti civilistici*, Settembre 2014, in <http://www.bioenergyitaly.com/wp-content/uploads/sites/9/2014/01/Darienzo.pdf>.

⁴⁶² M.C. D'ARIENZO (a cura di), *Il contratto di rete. Aspetti civilistici*, cit.

⁴⁶³ Cass. 06/3664.

⁴⁶⁴ A. BORGIOI, *Consorzi e società consortili*, in *Tr. Cicu-Messineo*, Milano 1985, 373.

⁴⁶⁵ P. MANZI, *Profili Antitrust e Contratti di rete*, in www.retedimpresa.com.

CAPITOLO VI

SVILUPPI ATTUALI DEL CONTRATTO DI RETE: RATING ED INTERNAZIONALIZZAZIONE DELLE IMPRESE

1. *Rating* e bancabilità della rete

Le Pmi difficilmente si fanno carico di grandi rischi (investimenti) contenendo il ricorso all'indebitamento. Ciò avviene anche perché gli istituti di credito non concedono risorse economiche alle imprese di piccola dimensione che possono prestare garanzie limitate.

L'aggregazione consente alle Pmi di accedere più facilmente al credito soprattutto se appartengono a reti organizzate in maniera stabile⁴⁶⁶, poiché valutate positivamente dalle banche. Per tale motivo, gli affidamenti bancari alle reti, ultimamente, sono in progressione crescente, anche se, ancora, concessi ai singoli partecipanti⁴⁶⁷.

La rete amplia la platea dei soggetti in grado di chiedere prestiti, comprendendo anche le Pmi, caratterizzate da requisiti che ne hanno sempre impedito la bancabilità⁴⁶⁸. La valutazione integra due elementi: l'insieme dei rating qualitativi di tutte le imprese partecipanti, e le caratteristiche del contratto di rete⁴⁶⁹. Il *rating*⁴⁷⁰ è, quindi, assegnato prendendo in considerazione oltre agli elementi quantitativi, anche quelli qualitativi che riguardano non solo l'azienda singolarmente, bensì anche la rete nel suo complesso. La valutazione quantitativa del contratto di rete è svolta attraverso algoritmi che permettono di integrare le valutazioni delle singole imprese e quella dell'aggregazione. Essa potrà essere

⁴⁶⁶ La stabilità è un requisito indispensabile per accedere ai finanziamenti bancari. La rete per essere bancabile deve basarsi su un contratto; il quale, nonostante, sia basato sulla flessibilità, deve prevedere regole precise stabilite dalle imprese partecipanti, ed essere dotato di un fondo patrimoniale adeguato agli obiettivi previsti dal programma comune.

⁴⁶⁷ Cfr. M. BIANCA, *Il regime patrimoniale delle reti*, cit., 19, la quale riguardo alla bancabilità della rete afferma che «la formula della destinazione patrimoniale non soggettivizzata, oltre ad essere prevista quale strumento alternativo alla soggettività giuridica dalla normativa di vigilanza bancaria nota come Basilea II nella logica dello *specialized lending*, potrebbe essere la soluzione più efficiente ed agile ove si accostasse al patrimonio della rete una società veicolo, ricalcante il modello delle operazioni di cartolarizzazione dei crediti».

⁴⁶⁸ La bancabilità delle Pmi è negata a causa della sottodimensione e della mancanza di garanzie

⁴⁶⁹ Nella valutazione del *rating* qualitativo, assume particolare importanza la presenza nel contratto di rete di un organo di gestione con il ruolo di prendere decisioni, indirizzare comportamenti, definire e coordinare le attività degli agenti partecipanti. In presenza di tre possibili opzioni: a) le responsabilità e le attività di competenza dell'organo di gestione non sono definite in maniera chiara; b) le responsabilità dell'organo di gestione sono definite in maniera chiara e strutturata, comprendono il monitoraggio, il coordinamento e il controllo, ma le decisioni in merito agli accordi rimangono ai singoli agenti; c) le responsabilità dell'organo di gestione sono definite in maniera chiara e strutturata, comprendono il monitoraggio, il coordinamento, il controllo e le decisioni in merito agli accordi; si andrà a preferire la terza opzione assegnandole un punto, nessuno alla seconda e meno uno alla prima, poiché un'accurata definizione delle responsabilità dell'organo di gestione riduce il rischio della *supply chain*.

⁴⁷⁰ Il «*rating* del credito» - così come definito dal Regolamento Comunitario 1060 del 2009 - è un parere relativo al merito creditizio di un'entità, di un'obbligazione di debito o finanziaria, di titoli di debito, di azioni privilegiate o di altri strumenti finanziari, emessi utilizzando un sistema di classificazione in categorie di rating stabilito e definito. Cfr. P. SANNA, *La responsabilità civile delle agenzie di rating nei confronti degli investitori*, Napoli, 2011.

gestita in maniera dinamica per tener conto della storia del contratto, attribuendo, com'è logico, un peso maggiore alle reti esistenti da tempo e per i quali esiste uno «storico» in termini di prestazioni.

Per questo motivo Confindustria ha attuato il «progetto *ratings*»⁴⁷¹ al fine di introdurre nei modelli di *rating* bancari consolidati, nuovi elementi di valutazione capaci di: eseguire una valutazione delle singole imprese in chiave di sostenibilità del modello produttivo; valutare le prestazioni dei sistemi di rete; identificare punti di forza e aree di debolezza di imprese e delle aggregazioni allo scopo di consentire azioni di miglioramento e sviluppo e promuoverne la competitività⁴⁷².

In quest'ambito alcuni istituti di credito hanno mostrato di essere più sensibili alle esigenze imprenditoriali e soprattutto alle loro aggregazioni; riconoscendo al contratto di rete un *quid* positivo che permette alle imprese di affrontare e vincere le sfide imposte da mercati sempre più globali in presenza di tre fattori fondamentali:

1. Solidità legale del contratto di rete, del disegno organizzativo e della *governance* e coerenza degli stessi con gli obiettivi della rete.
2. Effettivi vantaggi per le imprese a ricorrere al contratto di rete, nonché credibilità e adeguatezza del *business plan* proposto;
3. Coerenza economica e sostenibilità del business.

Il controllo è effettuato tramite un *tool* di supporto verifica la presenza dei tre fattori fondamentali, attraverso una definizione esplicita della finalità della rete; l'analisi schematica del *business plan*, che si ottiene raffrontando la singola impresa con l'aggregazione e gli input che ogni singolo aderente porta alla rete. I risultati sono poi integrati con un questionario qualitativo che valuta la *governance* della rete, la qualità dei legami dei partecipanti, l'esistenza di economie di scala e di scopo, la relazione con la banca e la propensione all'innovazione e all'internazionalizzazione. In caso di verifica positiva, le imprese, sia quelle soggette al *rating* RIC⁴⁷³, sia RISB⁴⁷⁴, potranno beneficiare del processo di *override* che può favorire il *rating* in un *range* da 0,5 a 2 in una scala che va da uno a nove.

Di particolare interesse è la realizzazione del «bond delle reti»⁴⁷⁵, un intervento finanziario speciale dedicato alle imprese che hanno scelto l'aggregazione che consentirà alle imprese di migliorare il

⁴⁷¹ Il «Progetto Rating», è un accordo, lanciato da Confindustria, - avvalendosi del contributo dell'Associazione Premio Qualità Italia e dell'Agenzia RetImpresa - con alcuni istituti di credito per la definizione di un nuovo modello di *rating* bancario, che integra la classica valutazione quantitativa (condotta sulla base dei parametri finanziari) con un *rating* di tipo qualitativo (che valuta le performance aziendali e in particolare la capacità delle imprese di «essere in rete»).

⁴⁷² Confindustria, oltre all'attuazione di tale progetto, ha siglato accordi con altre banche per realizzare un percorso comune, mediante tavoli tecnici congiunti di ascolto permanente dedicato a tutte le parti interessate, ovvero istituti di credito, imprese e legislatore, con lo scopo di elaborare congiuntamente proposte e suggerimenti per condividere e definire un'offerta di credito e servizi dedicati alle reti d'impresa e per rispondere alle esigenze finanziarie che emergono da tali aggregazioni.

⁴⁷³ Il rating RIC (*rating* integrato *company*) è concesso alle imprese che hanno un fatturato superiore ai cinque milioni di euro.

⁴⁷⁴ Il rating RISB (*rating* integrato *small business*) è concesso alle imprese con fatturato inferiore ai cinque milioni di euro.

⁴⁷⁵ Il finanziamento Bond delle reti è nato dalla cooperazione di alcuni istituti di credito a rilievo nazionale con la Cassa Depositi e Prestiti, il Fondo centrale di garanzia, Confidi e enti territoriali e rappresenta una sinergia tra banche, istituzioni e territori, mirando allo sviluppo di investimenti relativi ai progetti di rete. Il finanziamento - che ha durata di sei anni più un anno di collocamento - è studiato per consentire ai partecipanti di sviluppare il proprio progetto di rete, mediante l'erogazione di credito aggiuntivo.

proprio *rating* e di beneficiare delle garanzie dei Confidi, del Fondo centrale di garanzia, e dei fondi messi a disposizione dalla Cassa Depositi e Prestiti.

Gli istituti di credito forniscono il servizio di *advisory* per identificare e modulare l'intera gamma degli strumenti finanziari idonei a soddisfare i bisogni di capitale circolante e d'investimento assicurando, mediante la valutazione del programma di rete, una riduzione tra il quindici e il trenta per cento del costo del finanziamento per le reti.

Alcuni istituti hanno ottenuto prestiti dalla Banca Europea degli Investimenti che, favorevole alla prospettiva delle aggregazioni tra imprese, ha concesso finanziamenti sia ai singoli partecipanti, sia all'organo comune con la previsione, però, di una fideiussione pro quota senza vincolo di solidarietà da parte delle aziende aderenti.

2. Lo strumento del contratto di rete per l'internazionalizzazione delle imprese

L'istituto del contratto di rete ha subito un'iniziale scetticismo da parte degli imprenditori che, abituati all'uso di strumenti simili quali il consorzio, l'ATI o la joint venture, hanno diffidato dello strumento per poi, soprattutto dopo l'avvento delle crisi, aprirsi ad esso, riconoscendone i vantaggi. Le modifiche apportate nel corso del tempo, dal 2009 ad oggi, ultima quella contenuta nel Decreto Sviluppo 83/2012, hanno favorito la diffusione dell'istituto che, gradualmente, si è andato ad affermare sia nella prassi italiana che in quella internazionale.

Nella realtà economica italiana, caratterizzata prevalentemente da imprese di piccole e medie dimensioni - c.d. Mpmi⁴⁷⁶ - tradizionalmente avverse all'integrazione, il contratto di rete presenta notevoli vantaggi, poiché offre la possibilità di operare congiuntamente in diversi ambiti, escludendo nel contempo quelle attività dell'oggetto sociale che gli imprenditori preferiscono custodire e non condividere in quanto rappresentanti, generalmente, l'attività *core* e, dunque, la principale fonte di vantaggio competitivo.

Molteplici sono i fattori che inducono le imprese ad aggregarsi; la prassi rileva che molte strutture hanno colto l'occasione per formalizzare rapporti preesistenti⁴⁷⁷; elevata, è, anche, la percentuale di adesioni finalizzate all'esclusivo scopo di usufruire delle agevolazioni fiscali previste dalla legge; ma, in prevalenza, la costituzione di una rete viene concepita quale strumento per fronteggiare la crisi, aumentando l'efficienza e la competitività in un mercato globalizzato. "La rete risponde, infatti,

⁴⁷⁶ Acronimo che identifica le micro, piccole e medie imprese, che costituiscono la struttura portante del sistema produttivo comunitario, rappresentando il 99 per cento delle imprese europee ed occupando il 67 per cento della forza lavoro del settore privato; cfr. on. Tajani, Commissario per l'industria e l'imprenditoria, e Vicepresidente della Commissione Europea.

⁴⁷⁷ Cfr. U. TOMBARI, *Il contratto di rete: accordo tra imprese o una nuova forma associativa?*, relazione al convegno: Il contratto di rete. Nuovi strumenti contrattuali per la crescita d'impresa, cit., che identifica due settori di impiego per il contratto di rete, il primo nelle filiere produttive dove il programma è prevalente rispetto al conseguimento dei vantaggi fiscali, perseguendo l'obiettivo di formalizzare rapporti spesso preesistenti e renderli più efficienti sotto il profilo del processo informativo, della standardizzazione e della qualità del prodotto. Il secondo impiego riguarda i rapporti orizzontali, tra imprese che vogliono realizzare un prodotto in comune, che decidono di collaborare per migliorare l'efficienza produttiva.

all'esigenza, profondamente avvertita dalle imprese italiane, di internazionalizzazione ed innovazione, consentendo più significativi investimenti in ricerca e sviluppo; l'aggregazione consente, inoltre, di perseguire due obiettivi contrapposti e difficilmente conciliabili per una singola impresa: economie di scala e flessibilità. Le prime sono tipiche delle grandi realtà imprenditoriali, in grado di investire risorse in ricerca e sviluppo e di muoversi in un mercato globale; la seconda, invece, caratteristica delle strutture di minor dimensione, ha sempre rappresentato il vantaggio competitivo dell'economia italiana presente nei "distretti industriali", permettendo la specializzazione senza divisioni settoriali che rallentano il ciclo produttivo, rendendo capace la piccola impresa di attuare nuove, improvvise, decisioni gestionali in poco tempo.

La possibilità di raggiungere entrambi questi obiettivi mostra il potenziale valore implicito delle reti, che deriva dalle esigenze cognitive di ogni impresa: più facile accesso al *know-how* e alla specializzazione altrui, sperimentazione condivisa del nuovo, estensione del bacino di domanda, aumento dei rendimenti ed investimenti in nuova conoscenza⁴⁷⁸.

Un ulteriore incentivo all'aggregazione è rappresentato dalla possibilità che alla rete partecipino, oltre alle imprese che appartengono alla stessa filiera, anche enti disomogenei dal punto di vista produttivo e merceologico, quali banche e imprese finanziarie, ammesso, però, che operino in coerenza con gli obiettivi del programma di rete. Nella realtà italiana, dove la presenza di imprese molto piccole rende difficili gli investimenti, causando in sostanza la sottocapitalizzazione delle Pmi, caratterizzate da alto indebitamento, bassa redditività e un *leverage* elevato, l'adesione ad una rete consente alle aziende di sfruttare più efficacemente le economie di scala che si presentano, minimizzando i costi ed allocando efficientemente le risorse, ed di cogliere le sinergie che emergono con i partecipanti alla rete. Ad esempio, si effettuano acquisti multipli, con un risparmio medio, per quanto riguarda le imprese manifatturiere, o si creano "*temporary stores*" con un marchio della rete che valorizzi la "brand identity" ed accresca il portafoglio clienti di ogni singola azienda assieme alla "brand loyalty".

Da ulteriore impulso allo sviluppo dell'istituto contrattuale, funge la possibilità da parte delle imprese partecipanti alla rete di migliorare la propria posizione creditizia; "infatti, anche grazie ad accordi tra RetImpresa e l'ABI, la rete rende possibile il miglioramento del *rating* delle singole imprese fino a due punti, aumentando le garanzie patrimoniali per eventuali investitori o finanziatori e riducendo notevolmente il tasso d'interesse per fidi bancari. La potenzialità delle reti si esprime, dunque, anche nella possibilità di rendere "bancabili" quelle Pmi che, in mancanza di aggregazione, avrebbero difficoltà ad accedere a finanziamenti bancari a causa dei maggiori costi legati ad un *rating* meno elevato⁴⁷⁹".

⁴⁷⁸ F. ROMANO, *Contratto di rete e processo di modernizzazione dell'economia italiana*, Notariato 1, 2012, 74 ss.

⁴⁷⁹ F. ROMANO, *Contratto di rete e processo di modernizzazione dell'economia italiana*, cit., 75

La BEI (Banca Europea degli Investimenti), da sempre molto attiva in Italia, considerando la rete come uno strumento chiave per la crescita delle imprese, soprattutto quelle familiari medio-piccole, ha previsto apposite *policy* per facilitare l'attivazione di linee di credito. Alcuni istituti di credito, soprattutto quelli più vicini al territorio, hanno ideato dei servizi esclusivi per le reti, creando, ad esempio uffici di *advisory* e consulenza finanziaria, per offrire uno specifico supporto per l'avviamento e la gestione delle reti di imprese in fase di start-up.

Dal punto di vista legislativo, le Pmi e soprattutto le reti in cui si aggregano, cominciano ad assumere un ruolo principale all'interno delle nuove politiche economiche sia comunitarie che nazionali. L'Italia, che registra il più alto numero di imprese nell'Unione Europea, circa 4 milioni, è stata tra i primi Paesi ad attuare la comunicazione COM(2008) 394 del 25 giugno 2008 sullo *Small Business Act* ed è ancora molto attiva, avendo avanzato diverse proposte di revisione dello *SBA*, tra cui "l'istituzione del Mister Pmi, responsabile per l'attuazione dei provvedimenti per favorire lo sviluppo delle piccole e medie imprese, e l'introduzione del contratto di rete europeo"^{480, 481}.

Lo scenario economico attuale e le esigenze delle imprese che vi trovano impiego, hanno dato notevole spinta all'istituto che, fino ad ora, è stato oggetto di analisi; questa spinta ha invogliato il legislatore ad apportare continue modifiche, con lo scopo di migliorare gli effetti positivi della rete ed aiutare le imprese che ne fanno uso.

La recente modifica apportata in tema di soggettività giuridica aprirà sicuramente scenari molto interessanti che potranno essere oggetto di ulteriori studi, nonché di ulteriori spunti per il legislatore, che continuerà a far evolvere l'istituto fin quando le parti ovvero i soggetti, i mercati e le rispettive esigenze non saranno in equilibrio, ma quest'ultimo è solo utopicamente auspicabile.

Ulteriore, significativo, vantaggio competitivo è la possibilità che alla rete partecipino, oltre alle imprese che appartengono alla stessa filiera (sia orizzontale sia verticale), così come accade nei distretti, anche enti non omogenei dal punto di vista produttivo e merceologico⁴⁸², quali banche e imprese finanziarie⁴⁸³, purché operino in coerenza con gli obiettivi del programma comune.

Le modifiche introdotte rispondono alle esigenze del mondo economico. Il contratto di rete è, ormai, presente in ogni regione italiana (anche se con notevoli differenze territoriali)⁴⁸⁴ e in tutti i settori

⁴⁸⁰ Il Contratto di rete europeo è stato prospettato alla Commissione UE, sul modello italiano, per favorire le relazioni tra le Pmi dell'Unione Europea e diffondere le reti. Il provvedimento è stato elaborato dal Governo, recependo il lavoro svolto al Ministero dello Sviluppo Economico dal Tavolo d'iniziativa per le piccole e medie imprese composto da diverse associazioni di Pmi e rappresentanti istituzionali. Una disciplina specifica per le imprese europee che si aggregano in rete sarebbe un fattore essenziale per lo sviluppo della fattispecie; cfr. Cafaggi, in *Il Sole24ore*, del 17 novembre 2011, secondo il quale l'assenza di una disciplina uniforme costituisca di fatto una barriera all'internalizzazione delle Pmi.

⁴⁸¹ F. ROMANO, *Contratto di rete e processo di modernizzazione dell'economia italiana*, cit. 76

⁴⁸² L'unico vincolo che la disciplina stabilisce è la qualifica di imprenditore. Non possono partecipare ad una rete, enti pubblici e centri di ricerca.

⁴⁸³ Da un'analisi empirica sui contratti stipulati, fino ad ora, risulta che, le banche e le imprese finanziarie preferiscono agire dall'esterno, piuttosto che «mettersi» in rete.

⁴⁸⁴ La diffusione delle reti di impresa è molto eterogenea, ma caratterizzata da un notevole divario Nord-Sud. Secondo gli ultimi dati, forniti da RetImpresa e aggiornati al dicembre 2012, le imprese in rete del Settentrione sono 1453, con un picco

produttivi, dalle microimprese artigiane a quelle manifatturiere, da quelle agricole⁴⁸⁵ a quelle del terziario. Il nuovo istituto sta conquistando spazi sempre più ampi, poiché trova «terreno fertile» nel sistema produttivo italiano costituito in prevalenza da imprese con meno di dieci dipendenti, che occupano quasi il cinquanta per cento degli addetti, fino ad arrivare al settanta per cento della forza lavoro, comprendendo le imprese che impiegano meno di cinquanta lavoratori⁴⁸⁶. Ciò rende, molto difficile se non impossibile, a causa degli alti costi insostenibili per le Pmi, la competizione sui mercati globali e l'innovazione.

L'adozione di regole flessibili e il mantenimento dell'indipendenza permessi da tale forma contrattuale consentono alle Mpmi di raggiungere il loro obiettivo primario, ovvero, ottenere con maggiore facilità adeguati strumenti finanziari per promuovere la crescita. Il maggior limite che le Pmi incontrano⁴⁸⁷ è il finanziamento, poiché la sottocapitalizzazione, l'alto indebitamento, la bassa redditività e un *leverage* elevato rendono difficili gli investimenti. In questa prospettiva gli effetti virtuosi prodotti dall'aggregazione appaiono ancor più significativi.

3. Il contratto di rete europeo

Il successo che la formula del contratto di rete ha ottenuto nel mondo imprenditoriale ha indotto le associazioni di categoria a prospettare un'elaborazione della figura a livello comunitario, dove le reti d'impresa di diritto italiano sono state accolte con favore.

Il modello reticolare, infatti, fondato sui due pilastri della trans-merceologia e trans-territorialità, rappresenta una risposta di successo al localismo, configurandosi come naturale evoluzione di quello collaborativo presente nel sistema produttivo moderno, mediante la messa in comunicazione di imprese che provengono da settori diversi, ma che possono trovare vantaggi reciproci nello scambio di sapere e conoscenza; di conseguenza, il superamento dei confini nazionali è nell'ordine naturale dello sviluppo

di 644 in Lombardia. Viceversa nel Meridione sono solo 371 con la Sicilia, fanalino di coda, rappresentata da 21 partecipanti ad un contratto di rete.

⁴⁸⁵ Il settore agricolo-alimentare, con un fatturato in euro di 130 miliardi, rappresenta il secondo settore manifatturiero del Paese dopo quello metalmeccanico, si classifica, invece, terzo in Europa subito dietro l'industria alimentare francese e tedesca. Il settore, tradizionalmente anti-ciclico, nonostante la crisi è caratterizzato da numeri positivi rispetto agli anni passati grazie soprattutto all'*export* (con un incremento a doppia cifra). L'industria è però molto frammentata, basta considerare, infatti, che soltanto l'1% delle imprese ha più di 50 addetti. Per questo motivo gli interventi legislativi volti a rendere più convenienti le aggregazioni sono accolte favorevolmente da Federalimentare (federazione italiana dell'industria alimentare), che considera le alleanze tra imprese l'unica modalità per intravedere la ripresa economica, mediante una progressione nelle esportazioni, per la quale, però, «servono spalle larghe».

⁴⁸⁶ Il sistema produttivo italiano rappresenta un *unicum* in Europa se si considera che le percentuali corrispondenti negli altri Paesi sono meno rilevanti e, infatti, sia in Francia sia in Germania le imprese con meno di dieci dipendenti occupano circa il venti per cento mentre in quelle con meno di cinquanta dipendenti, circa il quaranta per cento degli addetti.

⁴⁸⁷ L'importanza del finanziamento è ancora più rilevante se si considera, che nel clima di incertezza economica le istituzioni bancarie sono sempre meno propense nel concedere credito alle imprese. In questi termini la rete offre un parametro in più per comprendere la competitività, la solidità, e la capacità di innovazione di un'azienda. L'aggregazione diventa un'opportunità per il mondo finanziario con la finalità di erogare finanziamenti in base a programmi specifici realizzati da imprese affidabili.

delle reti, ponendosi in linea con la strategia comunitaria dello *Small Business Act*⁴⁸⁸ - (*SBA*) e con il suo principio chiave *Vorfahrt für die Kmu* (Pensare anzitutto in piccolo).

La Commissione UE ha giudicato positivamente l'istituto⁴⁸⁹, definendolo *in primis*, nel Riesame dello *Small Business Act* COM(2011) 78, una *best practice* per migliorare l'attuazione del principio "Competenze e Innovazione"⁴⁹⁰ contenuto nello *SBA*, ovvero un esempio da seguire⁴⁹¹ per facilitare le aggregazioni e promuoverne competitività ed innovazione⁴⁹², inserendolo, successivamente, nella lista dei candidati ammissibili, al pari di consorzi e *cluster*, per l'ottenimento di fondi⁴⁹³ nell'ambito del Progetto COSME (*Programme for the competitiveness of enterprises and SMEs 2014-2020*⁴⁹⁴).

La Commissione UE, interessata a politiche di sostegno alle Pmi, vede con favore l'adozione di un contratto di rete europeo modellato su quello italiano, giudicandolo un ottimo strumento per favorire le relazioni tra le Pmi e facilitare gli scambi intereuropei, nella convinzione che una disciplina specifica costituirebbe un fattore essenziale per lo sviluppo dell'istituto.

La cooperazione tra le imprese è al centro del dibattito giuridico-economico, non solo delle Istituzioni comunitarie, bensì anche dei singoli Paesi che guardano con interesse alla normativa italiana sui contratti di rete⁴⁹⁵, poiché, dal punto di vista dell'organizzazione produttiva, i loro sistemi economici

⁴⁸⁸ COM(2008) 394 del 25 giugno 2008 recante *Una corsia preferenziale per la piccola impresa. Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (uno «Small Business Act» per l'Europa)*.

⁴⁸⁹ Dal Riesame dello *Small Business Act* si può ricavarne che "La Commissione è intenzionata a promuovere nuove forme di collaborazione tra le imprese, anche tra imprese localizzate in diverse regioni o paesi. Questo rappresenta un nuovo modello di collaborazione per mezzo di cluster e reti di imprese, che consentono alle imprese di unire le forze e favoriranno un approccio coerente e coordinato per raggiungere un obiettivo comune senza perdere la loro indipendenza. La Commissione effettuerà uno studio su come l'Unione europea può meglio favorire questo tipo di collaborazione".

⁴⁹⁰ Il principio "Competenze e Innovazione" rappresenta il n. 8 delle 10 priorità fissate nello *Small business act* per migliorare la competitività sul mercato delle Pmi e garantirne la sopravvivenza.

⁴⁹¹ Il contratto di rete è stato citato come una buona pratica da seguire nel Riesame dello *Small business act* per favorire la creazione di reti di Pmi innovative.

⁴⁹² La Comunicazione contiene l'invito agli Stati a fornire un sostegno alla creazione di reti di PMI, in conformità con le norme europee in materia di aiuti di Stato e di concorrenza.

⁴⁹³ Uno dei primi bandi del programma COSME "*Cluster Go International*" si concentra sulla promozione dell'internazionalizzazione dei cluster o reti di imprese che hanno la possibilità di sviluppare e attuare una strategia di internazionalizzazione congiunta e sostenere l'internazionalizzazione delle Pmi nei confronti dei paesi terzi al di fuori dell'Europa.

⁴⁹⁴ La denominazione COSME costituisce il Programma dell'UE per la competitività delle imprese e delle PMI nel settennio 2014-2020, partito da gennaio 2014 con l'obiettivo di fornire uno stimolo allo sviluppo delle imprese, in particolare alle Pmi. Il COSME sostituisce in larga parte il programma CIP, finanziato nell'ambito della programmazione 2007-2013 per la competitività e l'innovazione. Mediante tale programma, la Commissione Europea ha messo a disposizione un budget di circa 2,3 miliardi di €. La cifra, sebbene inferiore alla somma precedentemente prevista, non è da attribuire a un minor impegno finanziario da parte delle Istituzioni Europee, bensì ad una razionalizzazione del progetto e ad una presenza di notevoli sinergie con *Horizon 2020* (in cui sono previsti diversi strumenti di finanziamento alle PMI). Rispetto al precedente programma, ben il 60% del budget assegnato al progetto verrà destinato a garantire prestiti ed effettuare azioni di *venture capital* con un impatto complessivo stimato, tenendo conto dell'effetto leva, di ben 20 miliardi di prestiti e 4 miliardi di capitali di rischio, liquidità che verrà erogata in favore di ben 350.000 imprese entro il 2020.

⁴⁹⁵ In Francia, invece, nel 2004, sono stati varati i *«pôles de compétitivité»* basati sulla concentrazione territoriale di determinate specializzazioni; su molteplici servizi comuni orientati all'innovazione e all'internazionalizzazione; sulla presenza rilevante di istituzioni locali, e regole di gestione e selezione dei poli realizzata dalla PA centrale.

- sebbene non con le stesse percentuali italiane - sono basati sulle Pmi⁴⁹⁶. In questo percorso, grande interesse assume il principale mercato europeo: quello tedesco⁴⁹⁷.

La Germania, infatti, che analogamente all'Italia si fonda sul comparto manifatturiero, costituisce un interessante termine di paragone, giacché in questo Paese si è sviluppato il fenomeno aggregativo del *cluster* che, nonostante presenti alcune analogie con la rete, appare agli occhi di chi scrive meno vantaggioso per le imprese partecipanti, poiché incentrato più sulla ricerca che sul *business*, focalizzandosi su un territorio delimitato e su un singolo settore merceologico.

4. Le aggregazioni di impresa nell'ordinamento tedesco: il *cluster* e la *Gesellschaft bürgerlichen Rechts*

La Germania, terzo Paese al mondo per volume di scambi e prodotto interno lordo, quinto per potere d'acquisto e primo a livello europeo, costituisce fin dalla rivoluzione industriale il motore dell'economia globale⁴⁹⁸, nonostante i notevoli costi provocati dalla Riunificazione, conservando un ruolo di primo piano con un PIL di 2.735 miliardi di euro nel 2013.

L'industria tedesca si fonda, grazie allo sviluppo di quella leggera, sulla compresenza di grandi multinazionali⁴⁹⁹ e Pmi⁵⁰⁰ (*Mittelstand*) dedite soprattutto all'*export*, che rendono la Germania uno tra i maggiori Paesi in termini di vendite oltreconfine.

Il termine *Mittelstand* identifica le piccole e medie imprese (*Kleine und Mittlere Unternehmen - KMU*) focalizzate prevalentemente su prodotti manifatturieri innovativi e ad elevato valore aggiunto che, occupando la *leadership* in molte aree di mercato, sono definite come tali in base al fatturato e al numero dei dipendenti. La tipica azienda di successo del *Mittelstand* combina un approccio agli affari cauto ed orientato al lungo termine con l'adozione di moderne pratiche manageriali, quali, ad esempio, assumere dirigenti dall'esterno e/o affidare la gestione ai soci. Spesso, queste imprese lavorano a stretto contatto con le Università ed altri Istituti di ricerca o si raggruppano intorno ad una multinazionale capofila.

Nonostante il crescente ruolo del *Mittelstand* nell'economia tedesca, l'unico provvedimento legislativo a favore delle Pmi⁵⁰¹ è costituito dal «*Mittelstandinitiative der Bundesregierung*», emanato nel febbraio del

⁴⁹⁶ F. CAFAGGI e C. FERRARI, *Reti di imprese e contratti di rete. Ripensare la governance alla luce della prassi*, cit., 119.

⁴⁹⁷ J. HOWALD, *Unternehmensnetzwerke, Organisationsform der Zukunft*, Monaco, 2004.

⁴⁹⁸ I risultati molto positivi sono dimostrati anche dal bassissimo tasso di disoccupazione che è in costante diminuzione dal 2005 e ha raggiunto il livello più basso degli ultimi 15 anni nel novembre 2013 con il 6,5%. La percentuale varia dal 3,9% nella *ex* Germania occidentale al 12,3% nella *ex* Germania orientale.

⁴⁹⁹ All'interno della classifica delle 500 imprese con maggior fatturato a livello globale, 37 sono aziende con sede in Germania.

⁵⁰⁰ L'importanza delle Pmi è tuttavia in continua crescita, come dimostrano le analisi dei risultati dell'applicazione dello *SBA*, che evidenziano il forte progresso delle imprese di piccola dimensione rispetto agli altri Stati europei. Per questo motivo la Germania è al primo posto nell'Unione Europea per il numero di posti di lavoro offerti e per il fatturato raggiunto dalle Pmi. Tale differenza è dovuta alla circostanza che queste ultime sono in maggior parte di dimensioni medie, mentre è ridotta, ovvero inferiore a quella degli altri Paesi la quota di microimprese, anche grazie alla maggiore dimensione del mercato interno.

2011 che, sebbene miri espressamente a fornire una risposta normativa alle piccole e medie imprese, in sostanza contiene solo una dichiarazione di principi.

Data la mancanza di una disciplina cogente per le piccole entità, il fenomeno della cooperazione è stato affrontato in concreto dagli operatori economici in due modalità⁵⁰².

La prima punta ai *cluster* mediante politiche sia federali, sia dei singoli *Länder*. La seconda, invece, è una forma di collaborazione prevista dal legislatore nel *BGB*, la *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* (*GbR*) che sta acquisendo grande importanza nella cooperazione tra imprese, grazie ai benefici maturati dall'evoluzione giurisprudenziale della figura.

4.1 L'evoluzione del sistema produttivo tedesco; la nascita del *cluster*

In Germania, come nella maggior parte dei Paesi industrializzati, il settore economico prevalente è quello dei servizi (terziario)⁵⁰³, che contribuisce a circa il 72% del PIL, seguito dall'industria che riveste, comunque, un'importanza notevole poiché costituisce il 27,1% del PIL,⁵⁰⁴ rendendo il paese tedesco primo nel comparto manifatturiero in Europa; meno rilevante è invece il peso delle attività agricole⁵⁰⁵.

Il settore secondario era basato, inizialmente, sull'industria pesante che caratterizzava da sempre il sistema produttivo tedesco⁵⁰⁶. Quest'ultimo traeva origine dai *Konzerne*: realtà produttive complesse che curavano tutte le fasi della lavorazione, dalla materia prima ai prodotti finiti, sorte nei bacini minerari della *Ruhr* e della *Saar* dove, grazie alla presenza di ricchi giacimenti di carbone, si erano sviluppate acciaierie, industrie chimiche e meccaniche.

A partire dalla seconda metà degli anni 80, l'evoluzione dei processi produttivi ha modificato profondamente l'organizzazione economica, rigenerandola e focalizzandola sull'industria leggera e su quella relativa ai settori all'avanguardia, ad es. il comparto biotecnologico.

In particolare, nell'area della *Ruhr*⁵⁰⁷, dopo un lungo declino, si è verificata una drastica riduzione delle attività estrattive e siderurgiche. La delocalizzazione si è risolta quindi in una «rilocalizzazione», sia all'estero (soprattutto in Polonia, dove si realizzano notevoli risparmi nei costi della manodopera), sia,

⁵⁰¹ E' interessante notare come la Germania si collochi tra gli ultimi posti nell'attuazione del principio dello *Small Business Act* c.d. *Vorfahrt für die KMUs* (pensare anzitutto in piccolo) che invece vede l'Italia ai primissimi posti, anche grazie alla creazione del contratto di rete, considerato a livello comunitario come una «*best practice*» da seguire.

⁵⁰² Per questo motivo il fenomeno della rete suscita grande interesse Cfr. S. GRUNDMANN, *Die Dogmatik der Vertragsnetze*, in *AcP*, 2007, 207, 718 ss.

⁵⁰³ Il settore, che comprende turismo, commercio, banche, assicurazioni, media, e occupa la maggior parte della popolazione attiva si articola in una vasta gamma di attività tra cui emergono quelle tanto più avanzate rispetto al terziario tradizionale da essere indicate come quaternarie: attività genericamente direzionali (alta dirigenza politica, alta finanza, alta ricerca scientifica). In particolare, la ricerca tecnico-scientifica ha raggiunto livelli elevatissimi, favorita anche dal ritorno economico delle innovazioni.

⁵⁰⁴ Le principali industrie tedesche sono quelle automobilistiche, siderurgiche, chimiche, elettroniche e dei macchinari. Inoltre il Paese è *leader* anche nella produzione di carbone.

⁵⁰⁵ Il settore agricolo, nonostante la modestissima quota di popolazione assorbita e l'irrilevante contributo al PIL è tecnicamente molto evoluto e caratterizzato da un elevato rendimento.

⁵⁰⁶ L'industria assorbe circa il 30% della forza lavoro.

⁵⁰⁷ L'area della *Ruhr* (*Ruhrgebiet*) ha costituito per oltre un secolo la regione industriale più significativa d'Europa e simbolo dell'industria tedesca.

più spesso, in altri *Länder* che, soprattutto per caratteri socioculturali (come la capacità innovativa), risultano più favorevoli a nuovi modelli industriali fondati sulle dimensioni medio-piccole delle imprese e sull'adozione di tecnologie molto avanzate.

Per affrontare tali sfide, il governo federale decise di implementare una strategia di promozione dei *cluster* in senso ampio su scala nazionale⁵⁰⁸ a partire dalla metà degli anni '90⁵⁰⁹, prevedendo una rete di collaborazioni tra imprese ed istituti di ricerca caratterizzate da stabilità e durata nel tempo, contribuendo così allo sviluppo delle aziende attraverso l'erogazione di servizi comuni di prevalente carattere tecnico-scientifico⁵¹⁰.

La promozione nel campo della ricerca, della tecnologia e dell'innovazione segue una serie di obiettivi che mirano principalmente a favorire l'introduzione di scoperte sul mercato e a valorizzarne il valore economico⁵¹¹.

A supporto delle politiche federali, i singoli *Länder* hanno avviato diverse iniziative tra le quali, ad esempio, i «programmi di azione», che perseguono obiettivi di politica strutturale regionale; in particolare, lo sviluppo dei *cluster* svolge un ruolo importante nel favorire il progresso nei *Länder* orientali per svilupparvi dei potenziali d'innovazione anche mediante l'aiuto di esperti, che consentano di assistere e valutare le azioni intraprese per verificarne l'attuazione⁵¹².

4.2 Il *cluster* tedesco: *die Bündelung von Kompetenzfeldern*

Il *cluster* è costituito da imprese, attività commerciali, Università, istituti di formazione ed enti di ricerca, così come anche da organizzazioni di supporto quali, ad esempio, società di finanziamento che operano in un territorio geografico delimitato e in un determinato settore produttivo. La cooperazione delle imprese e la messa in comune delle conoscenze creano una specializzazione territoriale ed una propensione all'innovazione che rendono i singoli partecipanti competitivi sul mercato internazionale⁵¹³, nell'idea che *wer alleine arbeitet, addiert, wer intelligent kooperiert, der multipliziert*⁵¹⁴.

⁵⁰⁸ Nell'ultimo decennio del secolo scorso, la crescente concorrenza internazionale e le drastiche limitazioni di bilancio derivate dalla riunificazione hanno posto la politica tedesca di fronte a grandi sfide che sono state affrontate, destinando risorse finanziarie, su ricerca e nuove tecnologie.

⁵⁰⁹ Come evidenziato dal "Rapporto Federale" svolto per conto del *Bundesministerium für Bildung und Forschung* (BMBF) nel 1996, che ha citato esplicitamente i *cluster* come strumento della politica di sviluppo per la promozione dell'innovazione.

⁵¹⁰ In quest'ottica, nell'ambito della sua strategia *high-tech*, il Governo federale ha lanciato un bando di concorso per il sostegno ai *cluster* d'eccellenza (*Spitzencluster*) al fine di definire eventuali priorità per gli anni successivi.

⁵¹¹ Per incentivare tale iniziativa è necessario attenersi ad un percorso che metta in rete scienza e mercato, avviando l'organizzazione di bandi di concorso che raccolgano le migliori idee, garantendo e consolidando l'offerta produttiva. I risultati raggiunti nei progetti interdisciplinari e intersettoriali, ottenuti mediante lo spirito di cooperazione ed il know-how dei singoli, assicurano al mondo imprenditoriale un'ampia e rapida diffusione di nuove conoscenze.

⁵¹² Il Ministero federale dell'economia e della tecnologia (BMWi) e la sua unità *Kompetenznetze Deutschland* hanno pubblicato, alla fine del 2008, una presentazione completa e aggiornata delle iniziative in materia di *cluster* in corso nei *Länder*, in www.kompetenznetze.de

⁵¹³ Questa descrizione di *cluster* riprende quella elaborata da Michael Porter e dal suo collaboratore, il tedesco Christian Keitel, che per lungo tempo lo ha assistito presso la *Harvard Business School*.

⁵¹⁴ Il fenomeno del *cluster* si basa sull'idea "*wer alleine arbeitet, addiert, wer intelligent kooperiert, der multipliziert*" (chi lavora da solo somma, chi intelligentemente coopera, moltiplica), Joachim Milberg, CEO della BMW.

Con la messa in rete della scienza e dell'economia, l'aggregazione in *cluster* permette, come politica di innovazione, di colmare la distanza tra potenziale di ricerca e commercializzazione delle nuove invenzioni che negli anni si era andata progressivamente accentuando in Germania. A questo proposito, giova ricordare che in tale Paese negli anni 80 le Università e gli istituti di ricerca erano *leader* nelle nuove scoperte in settori di ultimissima generazione, mentre l'anello debole della catena era l'immissione sul mercato di tali innovazioni. Emblematico è ciò che accadde con la tecnologia dell'mp3 (l'algoritmo che consente la compressione di dati musicali) che, sebbene scoperta e sviluppata in Germania, fu commercializzata all'estero. Per arginare questo fenomeno, dalla seconda metà degli anni 90, il governo centrale, comprendendo l'importanza del trasferimento tecnologico, ovverosia la commercializzazione delle scoperte degli istituti di ricerca, ha iniziato ad agevolare la cooperazione tra imprese ed Università nei settori della ricerca e dello sviluppo.

I risultati di tali strategie sono stati positivi; oggi, vent'anni dopo l'avvio del primo bando competitivo *BioRegio*, avvenuto nel 1995, in Germania il fenomeno di aggregazione in *cluster* gode di notevole popolarità, grazie ai numerosi programmi ed iniziative dei singoli *Länder* e ai progetti, sempre più numerosi, banditi a livello federale nell'ambito della strategia per lo sviluppo del settore dell'alta tecnologia⁵¹⁵.

Gli ultimi dati mostrano la presenza di 497 iniziative di *cluster*⁵¹⁶ che testimoniano l'esplosione del fenomeno in esame⁵¹⁷. L'elevato numero di iniziative ha causato critiche da parte di taluni autori che vedono il *cluster* come una bolla pronta ad esplodere, poiché non coordinata con le politiche strutturali⁵¹⁸. In aggiunta, il fenomeno del *cluster* sconta, ancora oggi, uno studio incentrato solo in alcuni settori, quale ad esempio quello della geografia economica e dell'organizzazione aziendale; mentre il tema non è stato mai oggetto di ricerca approfondita in politica economica e in diritto sia civile che commerciale, creando problemi di applicazione pratica. Ad oggi, la popolarità del *cluster* a livello politico e imprenditoriale è decisamente superiore rispetto alla comprensione teorica del fenomeno e dei suoi risultati; infatti, il *deficit* di conoscenza ha causato, in alcuni casi, investimenti totalmente sbagliati. Ancora oggi, la creazione di un *cluster* è considerata come una strategia a breve termine e non una politica di lungo periodo, cosicché qualsiasi concentrazione di imprese in un determinato settore o territorio è definita *cluster*, senza che vi sia una definizione unitaria di tale termine, che, nella pratica degli affari, è possibile suddividerlo in tre sottocategorie⁵¹⁹. La prima comprende i

⁵¹⁵ La promozione del *cluster* ha beneficiato dal governo centrale, a partire dal 2007, di oltre 600 milioni di euro.

⁵¹⁶ È da rilevare, tuttavia, che molte di tali iniziative hanno vita breve poiché molto spesso, anziché essere basate su esigenze del tessuto imprenditoriale, rispondono a volontà politiche; infatti in un'analisi condotta nel 2005, i *cluster* esistenti erano circa 1400.

⁵¹⁷ Il numero di *cluster* esistenti attualmente in Germania può essere ricavato dal sito http://www.clusterplattform.de/SiteGlobals/CLUSTER/Forms/Suche/DE/Clustersuche_Formular.html?oneOfTheseWoone=Suchbegriff+eingeben costantemente aggiornato.

⁵¹⁸ D. REHFELD, *Perspektiven des Clusteransatzes: zur Neujustierung der Strukturpolitik zwischen Wachstum und Ausgleich*, Gelsenkirchen: Inst. Arbeit und Technik. IAT-Report, Nr. 2005-06.

⁵¹⁹ S. ROSENFELD, *Bringing business clusters into the mainstream of economic development*, in *European planning studies*, 5, 1997.

cluster di successo, che sono caratterizzati da una massa critica di forza lavoro, capacità e conoscenze specifiche utilizzate dalle imprese per trarne vantaggi a livello internazionale. La seconda è costituita da quelli latenti, i quali dispongono di un numero adeguato di imprese attive in settori affini ma che, tuttavia, a causa di *deficit* di interrelazioni tra gli attori, non beneficiano dello scambio di informazioni tra i partecipanti, rendendo i benefici della collaborazione solamente parziali. L'ultima categoria comprende i *cluster* potenziali, ovvero quelli che, pur condividendo alcuni elementi con quelli di successo, sono così definiti, poiché presentano altre caratteristiche in maniera incompleta che non consentono alle imprese di godere dei benefici dell'aggregazione. A queste diverse categorie secondo altri⁵²⁰, si aggiungono altre due tipologie.

I *cluster* promossi da decisioni politiche che nascono per interessi elettorali senza che vi sia un tessuto imprenditoriale che ne possa giustificare la presenza, e quelli desiderabili. Questi ultimi fenomeni aggregativi, anch'essi fortemente voluti dal mondo politico, sono caratterizzati dalla presenza di imprese attive in un determinato comparto ma che, per operare, necessitano di risorse produttive non esistenti in quella specifica area.

L'economia della collaborazione permette di ottenere risparmi interni (come le economie di scala), che costituiscono il risultato della diminuzione dei costi fissi per ogni singola impresa, e risparmi esterni resi possibili dal territorio circostante (riduzione dei costi amministrativi, efficienza della PA).

La politica che porta alla costituzione dei *cluster* può essere di due tipi⁵²¹; la prima è concepita dalla mano pubblica come una strategia *top-down*; la seconda, quella implicita, è, invece, adottata dalle imprese di settori affini senza l'intervento politico come strategia *bottom-up*. Differenziando la tipologia dei *cluster* motivati da scelte politiche da quelli delle singole imprese, ovvero quelli *top-down* da quelli *bottom-up*, si possono comprendere le motivazioni private o pubbliche che mirano alla realizzazione di un determinato *cluster*. La cooperazione delle imprese che operano in uno specifico territorio è un fenomeno globale, tuttavia la sua applicazione differisce in base al Paese; infatti, mentre in Paesi come Stati Uniti e Regno Unito i *cluster* sono in genere iniziative private, in altre nazioni, come Francia e Germania, lo Stato svolge un ruolo di maggiore peso.

4.3 Le competenze legislative e le politiche federali

In una Repubblica Federale come quella tedesca, la politica dei *cluster* è disciplinata dal punto di vista normativo su quattro livelli amministrativi: quello sovranazionale dell'Unione Europea, quello federale, quello dei singoli *Länder* e quello dei comuni (*multilevel governance - MLG*). Per questo motivo i programmi d'azione che riguardano il fenomeno dell'aggregazione sono presenti dal livello comunitario

⁵²⁰ M. ENRIGHT, *Regional clusters: What we know and what we should know*, *Innovation Clusters and Interregional Competition*, 2003, 99 ss.

⁵²¹ M. FROMHOLD-EISEBITH, G. EISEBITH, *How to institutionalize innovative clusters? Comparing explicit top-down and implicit bottom-up approaches*, in *www.sciencedirect.com* 2005.

a quello interregionale. Ciò spiega la complessità del fenomeno aggregativo che presenta numerose tipologie differenti di disciplina a seconda del *Land* e del territorio, senza poter contare su di una normativa uniforme.

Tra questi diversi livelli legislativi infatti esistono degli obblighi verticali; una legge federale non può andare contro i principi imposti dalla UE, così come una normativa comunale deve rispettare quella federale; lo stesso vale anche quando un *Land* utilizza i fondi strutturali della UE. Oltre ai rapporti verticali, esistono anche relazioni orizzontali che si manifestano tra le imprese all'interno di una singola area o tra i diversi territori.

Le politiche di aggregazione sono distribuite tra i vari livelli normativi, rendendo la politica dei *cluster* dal punto di vista della prospettiva *MLG* molto interessante. A livello comunitario, oltre alle normative di favore verso il fenomeno aggregativo, ricopre un ruolo importante anche la politica di coesione che, nella programmazione 2014-2020, così come già nel periodo 2007-2013, dedica una quota rilevante delle risorse finanziarie per la promozione della competitività regionale e dell'occupazione.

Tale obiettivo comunitario, già previsto con la promulgazione della strategia di Lisbona nel 2000⁵²², ha visto una sua pratica applicazione con lo *Small Business Act* del 2008 e la sua revisione adottata nel 2011. L'appartenenza ad un *cluster* consente ai partecipanti l'accesso alla conoscenza (il *cluster* permette di investire in ricerca e sviluppo a costi inferiori) e la crescita della loro massa critica⁵²³.

In Germania, la politica di favore verso il *cluster* è attuata a livello federale soprattutto per incentivare l'innovazione ed il trasferimento tecnologico. Tutti i programmi competitivi finanziati a partire dalla seconda metà degli anni 90 - *BioRegio*, *InnoRegio*, *Spitzencluster*⁵²⁴ - sono stati, infatti, indirizzati alla promozione di tale tipologia aggregativa. Tali iniziative hanno mirato allo sviluppo di innovazioni e alla loro diffusione tra le imprese, nell'ottica di promuovere, da un lato il trasferimento tecnologico dagli istituti di ricerca al mondo produttivo e dall'altro la nascita di comparti totalmente nuovi, tra i quali spicca il settore biotecnologico. Proprio quest'ultimo comparto - sviluppatosi inizialmente negli USA e nel Regno Unito - è emblematico nella storia del *cluster* tedesco, poiché deve il suo sviluppo agli enormi benefici concessi dalle politiche federali attuate con il fine di importare il sistema del *cluster*, riconoscendo l'importanza dell'aggregazione e della sua rilevanza nell'ambito del trasferimento tecnologico, specialmente nei settori più avanzati.

Per raggiungere tali obiettivi, fu lanciata nel 1995 la competizione *BioRegio* che, rappresentando la prima iniziativa federale per la costituzione di un *cluster*, ha avuto un effetto dirompente nel mondo

⁵²² Per Strategia di Lisbona si intende un programma di riforme economiche approvato a Lisbona dai Capi di Stato e di Governo dell'Unione europea nel 2000. Prende il nome dalla riunione straordinaria tenutasi a Lisbona il 23 e 24 marzo del 2000.

⁵²³ Quest'ultimo beneficio è essenziale per essere meno contendibili, operare a livello mondiale ed essere più graditi al mondo finanziario.

⁵²⁴ Il finanziamento di bandi competitivi da *BioRegio* a *Spitzencluster* hanno rappresentato per il Governo federale la modalità per facilitare il percorso di cooperazione tra imprese di tipo bottom-up.

scientifico ed imprenditoriale per l'elevata partecipazione dei territori, spingendo il Governo a emanare altri bandi in questo stesso settore, del quale oggi la Germania è *leader* a livello mondiale. Un altro beneficio che si ottenne, grazie a tale iniziativa, fu il *boom* di *start-up* che videro un rapido e duraturo sviluppo nei territori finanziati. La dottrina giuseconomica⁵²⁵ ha affermato che la messa in concorrenza dei territori ha avuto effetti positivi poiché essi hanno alleviato le difficoltà della fase iniziale delle imprese grazie a semplificazioni normative e amministrative. In seguito alla caduta del Muro di Berlino, la politica aggregativa fu adottata anche nei nuovi *Bundesländer* (quelli che in precedenza costituivano la Repubblica Democratica Tedesca) che, partendo da una situazione più disagiata e non disponendo di un tessuto imprenditoriale paragonabile a quello della Repubblica Federale Tedesca, avevano maggiore bisogno di favorire la competitività delle attività economiche. Per questo motivo, a partire dalla seconda metà del 1990 si svilupparono in questi territori programmi specifici come *InnoRegio* e *NEMO*; tuttavia, proprio la mancanza di un tessuto imprenditoriale adeguato e la decisione di finanziare in maniera uniforme i diversi *Länder* dell'Est, senza valutare invece i progetti in base a criteri oggettivi, rese i risultati di queste iniziative inferiori alle attese⁵²⁶.

Per evitare di compiere altri errori e con lo scopo di diffondere le *best practice* sviluppatesi nei *cluster*, il Governo ed in particolare il BMBF (*Bundesministerium für Bildung und Forschung* – Ministero dell'istruzione e della Ricerca) ha creato nel 1999 una piattaforma telematica *Kompetenznetze.de* - rinominata poi *go-cluster.de* - che si presenta come il “club delle reti di innovazione”, da dove si ricavano le informazioni sui *cluster* di maggiore successo del Paese⁵²⁷.

In maniera parallela alla rilevanza assunta dal *cluster* e alla mobilitazione di ingenti risorse a livello federale, i singoli *Länder* si sono attivati con politiche di aiuto e di stimolo alla creazione di tali aggregazioni. Se, infatti, a livello federale la politica di favore verso i *cluster* era motivata dal punto di vista della competitività e della crescita, le politiche dei singoli *Länder* perseguono anche obiettivi di convergenza stabiliti dalla Unione Europea.

4.4 Le politiche dei *Länder*

Gli ottimi risultati ottenuti dalle politiche federali hanno spinto la maggioranza dei *Länder* a seguire strategie esplicite o implicite di favore verso i *cluster*⁵²⁸; in particolare grande attenzione al fenomeno è stata data in Renania settentrionale-Vestfalia - NRW e in Baviera. Il primo *Land*, basato da sempre sulle

⁵²⁵ T. STÄHLER, D. DOHSE, P. COOKE, *Evaluation der Fördermaßnahmen BioRegio und BioProfile*, Berlin, BMBF, 2007.

⁵²⁶ Uno dei criteri che non fu rispettato fu quello che, viceversa, aveva dimostrato ottimi risultati nei programmi precedenti, ovvero la preesistenza di lavoro in comune. Nei progetti finanziati nei nuovi *Länder*, infatti, l'87% dei soggetti finanziati non aveva mai lavorato insieme, rendendo di fatto, molto difficile la collaborazione.

⁵²⁷ Un altro programma governativo consiste nel controllo del fenomeno *cluster*. Per questa ragione ogni anno viene pubblicato sul sito del Ministero dello sviluppo economico – *BMWi* un'indagine sullo stato di salute di ogni *cluster*.

⁵²⁸ Nel Brandeburgo sono attivi 5 *Cluster*: *Cluster Ernährungswirtschaft*, *Cluster Kunststoffe und Chemie*, *Cluster Metall*, *GEOkomm* e *Plant 2030*.

grandi imprese e sui bacini minerari di carbone, ha investito nella politica di aggregazione per rispondere alla massiva disoccupazione che si era sviluppata a causa della crisi del settore minerario.

Viceversa, il secondo ha concesso grande impulso al fenomeno del *cluster* investendo ingenti risorse per trasformarsi da regione agricola ad una con un altissimo livello di tecnologia.

4.4.1 Il caso del NRW: *Stärken stärken, Stärken entwickeln*

La Renania settentrionale-Vestfalia ha adottato una politica di promozione del fenomeno del *cluster*, basando le proprie scelte su quattro elementi: lo sviluppo di *cluster* interregionali e centri di competenza volti al trasferimento tecnologico in settori innovativi, la concentrazione tematica di reti preesistenti con particolare attenzione alle conseguenze sulla catena del valore; la concentrazione delle numerose politiche di sviluppi ai pochi settori presenti nei *cluster* e la valutazione da parte di agenzie regionali del potenziale di sviluppo e di attrattività dei *cluster* anche mediante la presenza di valutatori indipendenti.

Tali scelte hanno premiato 16 *cluster* ai quali sono stati assegnati un logo individuale ed uno del *Land* per favorirne il riconoscimento a livello federale. Il NRW, operando come primo *Land* in favore dei *cluster*, ha avuto il merito di essere il precursore di tali politiche di sviluppo, impegnando anche ingenti risorse europee destinate alle regioni con l'obiettivo della convergenza.

Tuttavia, oggi è possibile svolgere alcune critiche a posteriori. Infatti, sebbene i traguardi posti fossero condivisibili e le risorse investite più che sufficienti, i risultati ottenuti non sono brillanti, a causa dei settori scelti, frutto di calcoli politici, piuttosto che del reale tessuto produttivo.

4.4.2 Il caso della Baviera

L'altro *Land* che ha puntato sull'aggregazione come politica industriale è la Baviera, uno dei *Länder* tra i più progrediti nel settore agricolo (totalmente industrializzato) e in quello dell'alta tecnologia, che deve la sua strategia competitiva alle scelte operate a livello federale. Infatti, i primi programmi competitivi per promuovere i *cluster* videro molti territori bavaresi tra i vincitori con ottime posizioni in classifica; tali risultati derivano dalla composizione del sistema produttivo, basato per lo più sulle grandi imprese, per le quali il trasferimento tecnologico era meno oneroso, mentre minore è la presenza delle piccole e medie imprese. Oltre ai bandi federali, il governo bavarese ha spinto molto sul *cluster*, approvando la *Allianz Bayern* che ha avuto il merito di finanziare 19 territori in settori di ultimissima generazione.

Oltre al finanziamento di iniziative economiche di promozione, in Baviera il fenomeno del *cluster* è stato promosso anche a livello legislativo come dimostra l'emanazione della legge *über die Förderung der mittelständischen Unternehmen* - per lo sviluppo delle Pmi⁵²⁹. Tale provvedimento normativo è stato

⁵²⁹ Gesetz über die Förderung der mittelständischen Unternehmen sowie der Freien Berufe (Mittelstandsförderungsgesetz – MfG del 20 dicembre 2007, in GVBl 2007, 926.

introdotto per promuovere le Pmi, rafforzarle, favorirne lo sviluppo e migliorarne la competitività (art. 1). Per raggiungere tali scopi, l'art. 5 stabilisce l'obbligo di verificare la compatibilità di ogni provvedimento normativo con le imprese di piccola dimensione prima dell'approvazione di una qualsiasi legge. L'art. 11 contiene la promozione delle cooperazioni interaziendali, definite unioni di competenze (*cluster*) e delle reti che hanno il compito di agevolare il lavoro in squadra tra Pmi⁵³⁰, fermo restando, al contempo, il rispetto della disciplina *antitrust*. Anche grazie a tale provvedimento normativo, i risultati ottenuti sono decisamente migliori rispetto a quelli in NRW, in Baviera le imprese hanno beneficiato della migliore messa in comune delle risorse ovvero al maggiore scambio di conoscenze, anche grazie alla previsione del trasferimento di personale tra imprese e istituti di ricerca per favorire il cd. *Wissentransfer über Köpfe* (trasferimento di conoscenza tra le persone), rispetto alla strategia prevalentemente *top-down* eseguita in NRW. Le due diverse politiche rispecchiano anche la differenza tra i due territori; mentre quello bavarese aveva un problema di promozione della competitività e di aumento della profittabilità delle imprese, l'altro *Land* era motivato ad agire a causa della forte disoccupazione e della una struttura produttiva che necessitava rapide risposte alla crisi del settore minerario. In aggiunta mentre le politiche attuate in NRW erano più orientate al breve periodo ovvero interventi promozionali *spot*; quelle bavaresi, anche grazie alla stabilità governativa, hanno puntato sul lungo periodo, scegliendo di intervenire legislativamente con una normativa in favore delle Pmi.

4.5 *Cluster vs Rete di imprese, similitudini e differenze*

Dall'analisi comparativa tra il fenomeno aggregativo del *cluster* e quello della rete è possibile notare diversi parallelismi; infatti entrambi i fenomeni hanno l'obiettivo di migliorare il grado di competitività e di innovatività delle piccole e medie imprese e allo stato attuale sono entrambi identificati dall'UE come esempi da seguire per la creazione di aggregazioni tra Pmi. Esistono tuttavia delle differenze che sono state evidenziate nel corso della presente disamina; infatti, mentre il *cluster* si basa su un determinato territorio, la rete si fonda sulla trans-territorialità. Inoltre, il fenomeno reticolare italiano non è limitato ad un unico comparto produttivo ma vede al suo interno imprese che possono operare in settori economici differenti. Diversamente un *cluster* si basa sulla collaborazione in un unico settore, quello su cui si focalizza l'ente di ricerca attorno al quale nasce la cooperazione.

In aggiunta, secondo il modello italiano delle reti di impresa, le Pmi si alleano per collaborare e per fare *business*; il *cluster*, invece, incentrato sull'innovazione e sul trasferimento tecnologico dagli istituti di ricerca al mercato, è soggetto, spesso, alla volontà del legislatore che, attraverso finanziamenti o imposizioni di legge, decide autonomamente e dall'alto su quale comparto investire; le imprese devono dunque adeguarsi svolgendo un ruolo passivo.

⁵³⁰ Il testo dell'art. 11 afferma che “*Die Zusammenarbeit von Unternehmen der mittelständischen Wirtschaft, unternehmerische Netzwerke, die Bündelung von Kompetenzfeldern (Cluster) sowie weitere Unternehmenskooperationen können unterstützt werden, sofern diese den kartellrechtlichen Vorschriften entsprechen*”.

Per questi motivi, la rete, invece, fondata sui due pilastri della trans-merceologia e della trans-territorialità, appare dotata di maggiore flessibilità e si configura come naturale evoluzione del modello di collaborazione del sistema produttivo moderno (anche del *cluster*), attraverso la messa in comunicazione di imprese che provengono da settori diversi ma che possono trovare vantaggi reciproci nello scambio di sapere e conoscenza.

Al contrario, il *cluster* risponde ad esigenze poste dalla prassi delle imprese, ma non completamente, poiché non permette il raggiungimento del fine lucrativo, possibile invece, nelle reti. Per queste ultime l'ordinamento tedesco non prevede una disciplina, sebbene esse siano presenti come organizzazioni produttive, ma nella forma di meri rapporti informali tra imprese. A tal proposito, è stato osservato come, ad esempio, la legislazione di un *Land*, quello bavarese cita la rete come una tipologia di cooperazione per aumentare la competitività delle Pmi anche perché essa rappresenta una strategia bottom-up, ovvero realizzata dagli imprenditori e non calata dall'alto, mediante scelte politiche, che come visto nell'esempio del NRW, sono motivate da obiettivi elettorali, piuttosto che di politica economica strutturale.

CAPITOLO VII

LE AGGREGAZIONI NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO TEDESCO E PROFILI DI DIRITTO DELLA CONCORRENZA

1. La disciplina delle aggregazioni; il *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)*

L'esempio della legislazione bavarese dimostra che la promozione delle aggregazioni di impresa ha valore positivo nell'ordinamento tedesco, quando è compatibile con le normative *antitrust*. Il tema della tutela delle piccole e medie imprese e la loro promozione è al centro dell'interesse anche del legislatore federale, dopo lunga trattativa parlamentare, ha introdotto una normativa l'art. 3 del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)*⁵³¹ che tutela alcune tipologie di accordi di collaborazione tra le Pmi con l'obiettivo di promuovere una reale concorrenza tra gli operatori economici, salvaguardando in particolare quelli di minore dimensione che, collaborando tra loro, acquistano forza per competere con le grandi imprese. Il legislatore tedesco, dunque, ha preferito emanare una normativa quadro che consente tali tipologie di accordi lasciando completa libertà alle imprese di stipulare contratti, rispettando il modello fornito agli artt. 705 ss., per attuare le loro operazioni di coordinamento. Tali scelte sono opposte a quelle avvenute in Italia, dove in mancanza di una normativa quadro, il legislatore ha preferito emanare diversi istituti giuridici volti alla cooperazione tra imprese, tra i quali rientra anche il contratto di rete.

La motivazione dell'autorizzazione alla stipula di cartelli tra Pmi ai sensi dell'art. 3 del GWB non è univoca. Nelle discussioni degli anni '60 e '70 si iniziò ad affermare l'importanza delle imprese di piccola dimensione per una reale concorrenza tra operatori economici. Per tale motivo si iniziò a manifestare il desiderio di introdurre misure di aiuto che potessero salvaguardare le Pmi, per non escluderle dal mercato. Così il legislatore intervenne - permettendo la possibilità di cartelli tra imprese di piccola dimensione - con l'emanazione di una normativa, il GWB, il cui obiettivo consiste nella protezione della libera concorrenza, grazie alla compensazione della forza di mercato dei concorrenti; le imprese di piccola dimensione, alleandosi tra loro, hanno maggiore forza sul mercato, superando il *gap* che le separa dalle realtà produttive di grandi dimensioni. Tale esonero, tuttavia, non è onnicomprensivo, infatti, la liceità delle aggregazioni non trova applicazione nei rapporti verticali tra le imprese. L'obiettivo della normativa si ritrova nell'aumento di efficienza per le Pmi, ovvero nell'aumento della loro competitività, si tratta, dunque, di una compensazione tra lo svantaggio della piccola dimensione con il beneficio di una cooperazione che promuove le prestazioni delle Pmi. La riforma del GWB, introdotta nel 2005, afferma in maniera esplicita che "la cooperazione tra Pmi,

⁵³¹ Cfr. Per tutti T. LETTL, *Kartellrecht, Grundrisse des Rechts*, Monaco, 2013.

sebbene limiti la libera concorrenza, può essere utile come volano per l'aumento della loro competitività sul mercato”.

Tale posizione è stata criticata *de lege ferenda* dalla dottrina.

Gli accordi tra Pmi sono una sottocategoria dei cartelli di razionalizzazione. Tra di essi, rientrano anche i cartelli di specializzazione, poiché la loro relativa disciplina, contenuta precedentemente nell'art. 3, è stata cassata dalla settima riforma del GWB. La possibilità, che le limitazioni chiave quali gli accordi per la co-decisione su prezzo, quantità e zone di distribuzione siano permesse in conformità ai cartelli di razionalizzazione o di specializzazione per le Pmi, non rappresenta una contraddizione rispetto all'art. 2, comma 1 GWB. Infatti, anche ai sensi di quest'ultimo articolo, gli accordi di razionalizzazione e di specializzazione sono esonerati. Il significato proprio dell'art. 3 GWB risiede piuttosto nella sua caratterizzazione flessibile. L'art. 3 GWB esonera le imprese dal rispetto del dettato normativo previsto dall'art. 1 se esse, mediante la stipula di un cartello, non limitino la concorrenza in maniera rilevante. Il privilegio concesso ai cartelli tra Pmi consiste nella rilevanza delle limitazioni concorrenziali che essi generano; se, infatti, la concorrenza non fosse minimamente intaccata, tali accordi non ricadrebbero nemmeno sotto l'art. 1 GWB e non necessiterebbero dell'esonero previsto dall'art. 3. Il legislatore ha affermato, nella settima riforma del GWB risalente al 2005, che i cartelli tra Pmi, permessi ai sensi dell'art. 3 GWB, siano quelli che solo “raramente” superino il 10% della concentrazione del mercato, sebbene una partecipazione superiore al 15% sia comunque possibile. Si tratta, dunque, nel caso di cartelli tra Pmi di una normativa basata su una percentuale minima qualificata che possa promuovere la competitività delle imprese di piccola dimensione.

2. Genesi della normativa

La disciplina speciale, in tema di cartelli per le piccole e medie imprese, fu introdotta dalla seconda riforma del GWB del 1973, mediante l'inserimento dell'articolo 5b. Il legislatore, in seguito, con l'introduzione della sesta riforma del GWB risalente al 1999, ha adeguato la facilitazione della cooperazione per le Pmi alle previsioni normative dell'articolo 9 GWB sulle notifiche delle intese, spostando il contenuto dell'art. 5b all'articolo 4, comma 1 GWB. Tale riforma, tuttavia, non ha comportato alcuna innovazione nella disciplina. Eccezione fatta per alcuni cambiamenti del testo normativo, quale ad esempio l'introduzione del termine “*Wettbewerbsfaehigkeit* - competitività” all'art. 4, comma 1, nr. 2 GWB che ha sostituito “*Leistungsfahigkeit* - efficienza” all'art. 5, comma 1 GWB⁵³². La settima riforma del GWB, entrata in vigore nel 2005, non ha apportato nessuna modifica decisiva al contenuto normativo dell'art. 4. Tuttavia, a causa di una ristrutturazione complessiva della prima parte

⁵³² T. LETTL *Wettbewerbsrecht, Grundrisse des Rechts*, Monaco, 2013.

del GWB, la regolamentazione di favore per le Pmi è stata spostata all'art. 3⁵³³. In aggiunta, l'intervento modificativo del legislatore ha riguardato alcuni elementi, che sono stati adeguati in conformità al nuovo impianto normativo.

Anzitutto, fu eliminato il regime della notificazione di un cartello, poiché fu introdotto il sistema del privilegio legale⁵³⁴; i cartelli tra Pmi sono - senza la necessità di utilizzare procedure amministrative - esonerati dalle previsioni contenute nell'art. 1 GWB. Quest'ultimo comprende, a partire dalle modifiche apportate dalla settima riforma del GWB del 2005, la disciplina per le limitazioni concorrenziali, sia nei rapporti verticali, sia in quelli orizzontali. Tale modifica ha richiesto l'intervento del legislatore, che ha chiarito nel testo normativo (tra imprese che concorrono tra di loro sul mercato) tale fattispecie, poiché l'art. 3 menziona esclusivamente i rapporti orizzontali e il riferimento alle decisioni delle aggregazioni tra imprese.

Un esonero ai sensi dell'art. 3 GWB è dovuto solo quando la cooperazione tra le imprese cade sotto le circostanze previste dall'art. 1 GWB, ovvero che il lavorare insieme sia causa di un impedimento, limitazione o falsificazione della concorrenza. Il cartello deve poter influire in maniera considerevole sul mercato, poiché ciò è richiesto ai sensi dell'art. 1 GWB.

Se i requisiti dell'art. 3 GWB sono rispettati, si può ritenere che siano presenti anche le condizioni di esonero ai sensi dell'art. 2, comma 1 GWB. La disciplina legislativa definisce tale circostanza come una finzione legislativa, ancora più precisamente un rinvio di conseguenze giuridiche. Se le imprese dimostrano la presenza delle condizioni per l'esonero ai sensi dell'art. 3, non verrà effettuato alcun controllo sul rispetto dell'art. 2, comma 1. Il significato proprio dell'art. 3 è, tuttavia, limitato ai casi di applicazione esaminati in precedenza, mentre di maggiore ampiezza è quello previsto dall'art. 2, comma 1. L'art. 3 GWB è applicabile, infatti, solo quando non si è in presenza di un rapporto tra imprese operanti in diversi Paesi. In questo caso ha priorità l'art. 101 TFUE⁵³⁵. La preminenza di tale articolo ha, nella prassi delle imprese, effetti limitati.

Il significato pratico dei cartelli tra Pmi era di maggiore importanza rispetto alle altre previsioni normative di esonero fino alla settima riforma del 2005, infatti i cartelli tra Pmi hanno mantenuto una

⁵³³ Il testo tradotto dell'art. 3 afferma che "Gli accordi tra le imprese che competono sullo stesso mercato e le decisioni delle aggregazioni di esse, che hanno l'obiettivo di razionalizzare i processi economici mediante collaborazione, rispettano i requisiti dell'art. 2, comma 1 quando

1. Essi non limitano considerevolmente la concorrenza e

2. Gli accordi e le decisioni hanno lo scopo di migliorare la competitività delle piccole e medie imprese".

⁵³⁴ Con l'introduzione della riforma nel 2005, l'esonero amministrativo è stato cancellato dal GWB e sostituito dal sistema dell'esonero ex lege. Ciò vale anche per i cartelli tra le Pmi i quali erano, fino all'entrata in vigore della riforma, esonerati amministrativamente mediante una cd. notifica di cartello (artt. 4, comma 1; 9, comma 1 GWB - ormai cancellati dalle successive riforme). Ai sensi della normativa riformata, ogni cartello tra Pmi che rispetti le condizioni stabilite dall'art. 3 GWB è esonerato senza la necessità di compiere alcuna procedura amministrativa.

⁵³⁵ In applicazione dell'art. 101 è intervenuto il Regolamento (UE) n. 1217/2010 della Commissione del 14 dicembre 2010 relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea a talune categorie di accordi ricerca e sviluppo.

certa importanza, secondo la nuova disciplina dell'art. 3 GWB nonostante la preminenza dell'art. 22 GWB, dell'art. 3 del RE 1/2003 e dell'art. 101 TFUE⁵³⁶.

3. Soggetti coinvolti

A) piccole e medie imprese

Il termine piccole e medie imprese non è definito dal GWB, sebbene sia presente oltre che all'art. 3, anche all'art. 20 commi 2 e 4 (piccoli e medi concorrenti). Nonostante che le due previsioni normative abbiano scopi differenti, dall'art. 20 GWB possono essere tratti degli spunti interessanti per l'interpretazione dell'art. 3. Infatti, in entrambe le disposizioni si afferma l'esonero dal divieto di intese esclusivamente per i rapporti orizzontali tra i concorrenti. Ciò si evince già dalla circostanza che i rapporti verticali non sono compresi nello scopo della normativa sancita all'art. 3 GWB. Con il termine Pmi nell'art. 20 comma 4, il legislatore si riallaccia al concetto espresso nell'art. 5b GWB (poi diventato art. 4, comma 1 ed infine oggi a seguito delle riforme intercorse art. 3 GWB). Anche per quanto riguarda lo scopo protettivo dei rapporti verticali, sancito dall'art. 20, comma 2 GWB, si constata il riferimento al rapporto orizzontale quando ci si trova in presenza di una Pmi e solo in via eccezionale si comprende quello verticale.

Secondo una visione comunemente accettata, il termine Pmi ha un'accezione sostanzialmente relativa, poichè al fine di interpretare tale definizione, è necessario paragonare la singola impresa con gli altri concorrenti presenti sullo stesso mercato, dal punto di vista spaziale e di prodotto. Inoltre, possono essere aggiunti anche concorrenti che, sebbene non operino sugli stessi mercati dal punto di vista geografico all'interno della Germania, lo siano per i beni prodotti⁵³⁷. I concorrenti che operino al di fuori della Germania possono essere inseriti nella valutazione, solo se la loro struttura produttiva sia paragonabile con quella interna.

Il calcolo del fatturato può essere svolto in maniera analoga alla previsione sancita dall'art. 38 GWB⁵³⁸, ma a causa dei differenti scopi normativi, da una parte i controlli sulle aggregazioni di impresa e dall'altra i cartelli tra Pmi, nell'analisi di tale disciplina è necessaria una certa cautela, soprattutto per quanto riguarda le specialità previste dall'art. 38 GWB nei settori del commercio, stampa, radio, credito, finanza, casse di risparmio e assicurazioni.

A causa della relatività del termine Pmi, la classificazione di imprese simili può differire in base al mercato in cui esse operano, così è possibile che un'impresa, con un fatturato annuo di 100 milioni sia

⁵³⁶ Ciò è dimostrato anche dal fatto che il BKartA ha emanato nel 2007 un prospetto informativo con le possibili modalità di cooperazione tra Pmi, in cui illustra in maniera completa le tipologie di esonero ai sensi dell'art. 3 GWB.

⁵³⁷ Ad esempio la dimensione di un fioraio di Monaco può fornire chiarimenti utili al fine di delineare la relativa grandezza di uno a Berlino.

⁵³⁸ Come riferimento per ottenere il valore del fatturato, possono essere valutati tutti i criteri che delineano la struttura di mercato, ad esempio: numero degli addetti, dei clienti, capacità produttiva, valore aggiunto, capitale proprio, consumo energetico.

definita di piccole dimensioni in un mercato dove operino solo multinazionali con fatturati miliardari, mentre un'altra impresa con gli stessi dati annui possa essere vista in un altro mercato come una *big*. Al fine della classificazione, bisogna valutare il fatturato complessivo e non solo quello dell'aggregazione; questo deriva dalla considerazione del GWB sull'impresa quale unità produttiva.

Sarebbe inconcepibile rispetto alla finalità sancita dall'art. 3 GWB che imprese, considerate di grandi dimensioni, possano beneficiare delle agevolazioni previste. Come regola molto generale, è possibile ritenere che una media impresa possa fatturare fino ad un massimo del cinquanta per cento dell'impresa più forte in quel mercato, altrimenti mancherebbe lo svantaggio competitivo che l'art. 3 vuole superare.

Viceversa, piccola impresa è quella con un fatturato pari al dieci per cento di quella che raggiunge il fatturato più alto. Queste regole, tuttavia, perdono la loro efficacia, quando non vi siano particolari differenze dimensionali tra le imprese concorrenti, poiché, in questo caso, è difficile accettare una classificazione di un'impresa effettuata in base al fatturato.

Caratteristiche dimensionali assolute possono essere prese in considerazione, a causa della relatività dell'espressione Pmi, solo con cautela. La Cassazione tedesca - il BGH - ha affermato l'utilizzabilità di tali dati, solo quando essi possano condurre ad ipotesi condivisibili e incontrovertibili e che possano essere delimitate senza bisogno di particolari motivazioni. Ciò richiede, sostanzialmente, la definizione di valori accettabili per ogni mercato, o almeno di ogni filiera produttiva.

La determinazione di regole intuitive che oltrepassino i limiti tra le varie filiere non è dunque ipotizzabile, sebbene sia possibile riscontrare l'interesse della prassi delle imprese nel trovare linee guida di riferimento che superino i singoli settori. A tal riguardo è da prendere in considerazione - con le dovute considerazioni sulle differenze dimensionali del mercato - la raccomandazione dell'UE sulle Pmi che definisce la categoria delle micro, delle piccole e delle medie imprese quella costituita da imprese che occupano meno di 250 persone, il cui fatturato annuo non supera i 50 milioni di euro e il cui totale di bilancio annuo non raggiunge i 43 milioni di euro⁵³⁹. Inoltre, assumono la qualifica di valori generali, quelli stabiliti all'art. 35 GWB, sempre con la necessaria cautela, visto che tale previsione normativa si riferisce ai controlli delle aggregazioni e non ai divieti di cartello come invece l'art. 3 GWB.

Tale critica vale soprattutto per il limite inferiore; l'inserimento di un'impresa con un fatturato compreso tra 25 e 50 milioni nel gruppo delle grandi è generalmente da respingere. Eccezioni, tuttavia, possono aversi quando i termini di paragone - le altre imprese - siano esclusivamente di piccole dimensioni; ad esempio in un mercato caratterizzato da aziende che fatturano prevalentemente un milione di euro, è presente una che da sola ne fattura quindici. Con riferimento al limite superiore, invece, il valore dei cinquecento milioni è puramente esemplificativo. In alcuni mercati - tra i quali ad

⁵³⁹ L'articolo 2 dell'allegato alla raccomandazione 2003/361/CE afferma che "La categoria delle microimprese, delle piccole imprese e delle medie imprese (PMI) è costituita da imprese che occupano meno di 250 persone, il cui fatturato annuo non supera i 50 milioni di euro oppure il cui totale di bilancio annuo non supera i 43 milioni di euro".

esempio quello automobilistico - un fatturato di tale valore è tipico di un'impresa media. Ciò mostra la difficoltà di identificare un valore medio che possa essere applicato in ogni filiera produttiva.

Una previsione normativa, che stabilisca la modalità del calcolo di fatturato per le imprese connesse in un unico gruppo *Konzern*, non è prevista ai sensi dell'art. 3 e allo stesso tempo è esclusa, in genere, la considerazione di una tale impresa come *unicum*, riconducendola, di fatto, al gruppo di appartenenza, in applicazione dell'art. 35, comma 2. Ai sensi dell'art. 17 della legge sulle società per azioni *AktG* sono da includere principalmente solo le imprese dipendenti, altrimenti una grande impresa potrebbe dividersi in tante singole unità che così facendo non lederebbero la concorrenza. A tale regola generale, sono previste eccezioni, come quando, ad esempio, la società figlia agisce in maniera autonoma rispetto alla *holding* di controllo⁵⁴⁰.

B) Partecipazione di grandi imprese.

Nel lavoro in comune, previsto all'art. 3 GWB, possono inserirsi anche grandi imprese, quando la loro adesione migliora la competitività delle Pmi e a patto che non leda in maniera rilevante la concorrenza. Generalmente vietato è - fermo restando l'esonero ai sensi dell'art. 2 GWB⁵⁴¹ - il lavoro in comune tra sole grandi imprese, anche nel caso in cui esso sia svolto con finalità positive sui terzi di piccola dimensione, poiché così manca l'effetto di razionalizzazione e il requisito della partecipazione di una Pmi.

4. Razionalizzazione di processi economici

L'art. 3 GWB afferma che gli accordi e le decisioni devono avere lo scopo di "razionalizzare i processi economici", identificando i cartelli tra Pmi, come una sottocategoria di quelli di razionalizzazione.

Una definizione espressa del concetto "razionalizzazione", tuttavia, non è prevista dal GWB; secondo l'opinione generale, tale termine identifica il raggiungimento di uno stato produttivo che,

⁵⁴⁰ Nella categoria delle Pmi, possono essere inseriti anche gli enti di carattere pubblico, unico requisito è che essi agiscano come un'impresa in uno o in entrambi i casi di compravendita di prodotti e/o servizi.

⁵⁴¹ (1) *Vom Verbot des § 1 freigestellt sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen*

1. Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder

2. Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

(2) *Bei der Anwendung von Absatz 1 gelten die Verordnungen des Rates oder der Europäischen Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (Gruppenfreistellungsverordnungen) entsprechend. Dies gilt auch, soweit die dort genannten Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen nicht geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu beeinträchtigen.*

rispetto a quello di partenza, permette il miglioramento del rapporto tra costi e ricavi, calcolati in unità prodotte e che si può manifestare sotto diverse tipologie⁵⁴².

La razionalizzazione deve riguardare i processi economici, ovvero tutte quelle operazioni che influenzano, dal punto di vista economico, tecnico, organizzativo o in altra maniera, il giro d'affari dell'impresa. Secondo il *Bundeskartellamt* ne fanno parte: produzione, ricerca, sviluppo, finanziamento, amministrazione, pubblicità, acquisti e gestione. Inoltre, la razionalizzazione deve riguardare i processi interni della produzione (creazione, lavorazione, gestione, acquisto) che impiegano mezzi interni, posseduti dalle singole imprese.

Per tale motivo, non sono autorizzate misure che ambiscano a incrementare il rapporto costi-ricavi, con effetti esclusivamente sulla diminuzione o eliminazione della concorrenza, mediante il miglioramento del posizionamento sul mercato che non incidono sui processi interni. L'art. 3, infatti, non favorisce ogni modalità utile ad aumentare i profitti e a ridurre la concorrenza. Semplici decisioni sui prezzi sono vietate così come la divisione in zone da presidiare o decisioni sulle quote da produrre. Anche gli accordi sulle condizioni di mercato - fermo restando l'esonero ai sensi dell'art. 2, comma 1 GWB - non sono autorizzati ai sensi dell'art. 3 GWB poiché essi non hanno un effetto migliorativo delle prestazioni delle imprese e, dunque, non hanno nessun scopo di razionalizzazione.

Per lo stesso motivo, l'introduzione di sconti concordati così come la riduzione di costi quali ad esempio pubblicità o logistica, mediante l'impiego di una strategia meno offensiva da parte dell'impresa in accordo con gli altri operatori, non sono permessi. Non si applica l'art. 3 neanche quando, grazie a tali accordi, l'impresa cancella determinati servizi aggiuntivi, ad esempio il *post-vendita*.

Tale situazione è da differenziare dal miglioramento della posizione concorrenziale dell'impresa, che non deriva dalla limitazione di essa, bensì dai miglioramenti interni. La razionalizzazione prevede l'implementazione di alcune funzioni da parte delle imprese, o l'aumento dell'efficienza produttiva grazie a tale nuovo processo.

Nella prassi la distinzione tra tali due categorie è complessa, poiché spesso le seconde non sono possibili senza le prime, ovvero il miglioramento non è raggiungibile se non restringendo la concorrenza.

Per questo motivo una limitazione, come misura di razionalizzazione del mercato, è ipotizzabile se essa serve, anzitutto, al miglioramento dei processi interni, ai quali è strettamente collegata. In questo senso anche le decisioni sui prezzi, quote e zone di produzione possono essere parte degli accordi tra Pmi, se il contesto di interdipendenza necessario, al fine di autorizzare tali cartelli, si identifica con l'indispensabilità di limitare la concorrenza per ottenere la razionalizzazione.

⁵⁴² Ad esempio, mantenendo costante il valore dei ricavi, adoperando meno tempo e fattori produttivi, ovvero diminuendo i costi; o mediante costi invariati ma aumentando i profitti; oppure aumentando leggermente i costi ma con un incremento più che proporzionale dei profitti.

Per quanto riguarda l'attività da eseguire insieme, il dettato normativo dell'art. 3 "mediante cooperazione tra imprese" comprende qualsiasi forma di lavoro in comune; sia come mero coordinamento tra le operazioni aziendali delle imprese, sia mediante l'istituzione di un organo comune, che prenda le decisioni per le imprese, fino ad arrivare ad un organismo che decida in *toto* la politica aziendale, includendo anche gli accordi sulla quantità e sui territori in cui produrre. La collaborazione può essere prevista per qualsiasi processo interno, in special modo nei processi di: produzione, ricerca, sviluppo, finanziamento, amministrazione, acquisto, gestione⁵⁴³.

La razionalizzazione deve avvenire "mediante" lavoro in comune che permetta con causalità diretta o indiretta tale processo. Per questo motivo, le misure di razionalizzazione e il loro successo sono collegate tra loro quando le parti del cartello si accordano ad istituire una centrale unica per gli acquisti e gestione dei contratti⁵⁴⁴.

Generalmente, il successo della razionalizzazione - come in tutti i cartelli che mirano a tale risultato - deve manifestarsi in tutte le imprese partecipanti, anche se in maniera differente, esso deve riguardare ogni membro, anche se non obbligatoriamente con la stessa intensità.

Da tale regola nascono, tuttavia, alcune eccezioni, una delle quali - prevista anche dal diritto comunitario - riguarda un accordo, con il quale alcuni partecipanti utilizzano un metodo produttivo già in vigore in altre imprese per migliorare la loro competitività. Esso è, comunque, conforme alla disciplina dell'art. 3 GWB, poiché necessario per il successo dell'operazione, anche se alcuni partecipanti non beneficiano degli effetti di razionalizzazione. Un'altra eccezione si manifesta con l'ingresso nel cartello di una grande impresa, nel caso ciò sia indispensabile per il successo dell'aggregazione; sebbene la sua partecipazione andrebbe contro il principio sancito dall'art. 3 GWB della compensazione dei vantaggi. Esse, dunque, possono, sì partecipare ad un cartello di Pmi, ma hanno il divieto di beneficiare di profitti. Interpretando l'art. 3 GWB si può affermare che l'ingresso in un cartello debba migliorare le prestazioni di ogni Pmi partecipante, mentre per le grandi imprese può ma non necessariamente deve, perché il pericolo di una crescita di competitività per una grande impresa, che possa sfruttare l'art. 3 GWB richiede un attento controllo del rispetto della disciplina ed in particolare del punto 1 dell'art. 3 GWB.

5. Conseguenze giuridiche ed organizzazione e forma giuridica dei cartelli tra Pmi

Un esonero dal divieto di porre in atto un cartello, ai sensi dell'art. 3 GWB, non deve limitare considerevolmente la concorrenza. Decisivo in questo senso è che il lavorare in squadra tra le imprese non deve costituire un vantaggio rilevante rispetto alle altre imprese singole presenti sul mercato;

⁵⁴³ Una forma societaria della cooperazione non è richiesta. Quest'ultima - esclusivamente negli accordi di razionalizzazione - può, infatti, nascere anche per accordo tacito tra i partecipanti.

⁵⁴⁴ La causalità qui richiesta non deve essere confusa con il rapporto diretto tra miglioramento produttivo e limitazione concorrenziale.

dunque, da una parte gli accordi non devono limitare considerevolmente la concorrenza, ma dall'altra devono essere rilevanti, ottenere cioè risultati, altrimenti non rientrerebbero sotto la disciplina dell'art. 1 del GWB. Per il *Bundeskartellamt* la percentuale deve essere compresa tra il 10-15%.

Le indagini per stabilire la rilevanza della concorrenza necessitano la delimitazione del mercato che deve avvenire, sia dal punto di vista delle categorie produttive, sia per quanto riguarda lo spazio fisico, ovvero i mercati dove i partecipanti decidono di operare.

La razionalizzazione - ottenuta mediante accordi o decisioni - deve incrementare la competitività delle Pmi. Per tale valutazione basta giudicare obiettivamente se le misure pianificate possano avere effetti positivi sulle imprese partecipanti. Di maggiore difficoltà è tale prognosi nel caso di un cartello di nuova costituzione.

Come conseguenza giuridica, l'art. 3 GWB stabilisce che gli accordi tra Pmi che rispettino i requisiti elencati nel testo normativo siano leciti. Il tipo organizzativo scelto può portare ad altri quesiti di diritto della concorrenza, infatti, nel caso in cui le parti scelgono di costituire una società in comune, esse devono rispettare le normative in tema di controllo delle aggregazioni. Un possibile contraddittorio potrebbe nascere con l'art. 1 GWB, nel caso in cui i partecipanti decidano di creare un cartello sotto forma di società dotata di personalità giuridica che agisca autonomamente sul mercato.

6. Accordi e decisioni delle aggregazioni di impresa

L'art. 3 GWB permette gli accordi e le decisioni delle aggregazioni di impresa, intesi come quelli previsti dall'art. 1 GWB al quale si rinvia per la loro interpretazione. In particolare è possibile esonerare dal controllo anche un *gentlemen's agreement*, sebbene da esso non scaturisce alcun legame giuridico tra le parti coinvolte.

Secondo l'articolo normativo contenuto nell'art. 3 sono esonerati dal controllo solo gli accordi e le decisioni, mentre è esclusa la possibilità di concordare una modalità di comportamento. Quest'ultima si manifesta quando le imprese, a causa di una prassi duratura, cooperano avvantaggiandosi l'una con l'altra, senza che tra esse vi siano accordi precedenti. Esistono motivi pratici che spingono a non ritenere sufficienti i comportamenti predeterminati; infatti, non si può immaginare di poterli identificare autonomamente, se non rinviando alla definizione del termine "accordo". Le raccomandazioni tra Pmi possono essere, ai sensi dell'art. 22, comma 2 GWB e se rispettate, considerate parte di tale categoria.

Il mancato esonero per i comportamenti concordati precedentemente ha conseguenze rilevanti per i partecipanti al cartello. L'art. 2, comma 1 rende possibili alcuni di questi comportamenti e rimane applicabile anche quando i requisiti per l'art. 3 manchino. Per questo motivo, i cartelli tra Pmi, che si rifanno a comportamenti concordati anticipatamente, possono essere salvaguardati ai sensi dell'art. 2, comma 1 ed in genere lo sono, giacché normalmente, il campo di applicazione tra tali due articoli è parallelo. Oltretutto, negli accordi di specializzazione vi è un esonero secondo l'art. 2, comma 2 in

combinato disposto con la disciplina comunitaria sugli accordi di specializzazione, poiché anche il regolamento sull'esenzione riguarda modalità di comportamento predeterminate.

La forma scritta dei cartelli tra Pmi non è necessaria, poiché gli accordi e le decisioni possono essere stipulati in qualsiasi modalità. La tipologia per iscritto è auspicabile poiché si lascia meglio provare grazie alle possibilità di documentazione nei confronti dei partecipanti o in caso di attacco al cartello da parte dell'Antitrust.

Solo gli accordi limitativi della concorrenza orizzontali sono compresi nell'art. 3 GWB mentre quelli verticali sono esclusi, infatti il provvedimento contiene il requisito del "tra imprese concorrenti tra di loro". Questa chiarificazione fu introdotta dalla settima riforma del GWB nel 2005. Prima di tale novella normativa, il divieto posto all'art. 1 GWB si riferiva solamente ai rapporti orizzontali, cosicché il privilegio per gli accordi tra Pmi era esclusivamente riferibile a tali tipi di relazioni. Anche all'art. 1 GWB la delimitazione era dovuta all'espressione "tra imprese concorrenti tra di loro". L'art. 1 fu così modificato già a partire dalla sesta riforma del GWB del 1999⁵⁴⁵.

Il testo normativo contiene, inoltre, la formulazione "tra imprese concorrenti tra di loro" e si riferisce, sia alla concorrenza attuale, sia a quella potenziale. La prima si ha quando i partecipanti al cartello sono reali concorrenti tra di loro sul mercato, mentre la concorrenza è potenziale quando con obiettività è possibile ritenere che l'ingresso di un concorrente sul mercato sia possibile; a tal fine è necessario considerare se l'ingresso sul mercato di un altro operatore sia in grado di modificare in maniera considerevole sia il fatturato, sia il grado di *appeal* dell'impresa già presente sul mercato. Un indizio importante, per comprendere, se vi sia o meno concorrenza potenziale, consiste nella predisposizione - voluta dai partecipanti - di una clausola che disciplini l'ingresso nel cartello di un nuovo membro o l'uscita di altri.

Per quanto riguarda la disciplina sulle decisioni, si applica analogamente quella offerta per gli accordi, sebbene il testo normativo dell'art. 3, comma 1 GWB comporta incomprensioni, poiché l'espressione "tra imprese concorrenti tra di loro" si riferisce solamente agli accordi e non alle decisioni; tuttavia, non c'è nessun motivo apparente per immaginare decisioni verticali che non derivino da un rapporto di concorrenza per non farle ricadere nell'art. 3 GWB.

7. Tipologie di accordi ammessi

7.1 scopo comune (accordi classici orizzontali)

La stipula di contratti per raggiungere uno scopo comune, che comprendono rapporti orizzontali basati sulla cooperazione orizzontale dei soci ai sensi dell'art. 705 BGB, (*BGB-Gesellschaft*) non crea

⁵⁴⁵ Per l'interpretazione dell'espressione "tra imprese concorrenti tra di loro" è necessario riprendere le considerazioni fatte per l'art. 1 GWB; un ricorso alla definizione nel diritto europeo degli accordi verticali sul prezzo, previsto ai sensi dell'art. 30 GWB non è percorribile. Per tali tipi di intese esiste una definizione legale (art. 2 RE 330/2010) a livello comunitario.

particolari problemi applicativi sui rapporti concorrenziali tra le imprese⁵⁴⁶. Anche un cartello tra concorrenti senza la costituzione formale di una società è un esempio classico di accordo orizzontale ai sensi dell'art. 3 GWB, perché, scopo principale comune delle parti è la limitazione della concorrenza.

Tale obiettivo si raggiunge mediante la stipula di una *BGB-Gesellschaft*. Un problema di delimitazione di questa figura societaria si crea in quei rapporti costituiti non unicamente con il fine di cooperare, in particolar modo ciò accade nei negozi di scambio ma anche i sistemi contrattuali verticali (produttore-fornitore) basati su rapporti orizzontali (soggetti che svolgono la loro attività sulla stessa fascia di mercato e che sono in concorrenza tra loro).

7.2 Contratti di scambio

L'ampiezza dei rapporti concorrenziali tra le imprese rende necessaria l'applicazione dell'art. 3 GWB - se le parti contrattuali sono almeno potenzialmente concorrenti - anche ad una serie di contratti di scambio. In un rapporto di tal genere, il produttore e il distributore possono anche scambiarsi i ruoli, cosicché il primo svolge la funzione del secondo e viceversa o anche mediante un contratto di subfornitura tra imprenditore e *sub*-imprenditore. In aggiunta sono anche potenziali concorrenti quei distributori e produttori che dispongono del *know-how* e dei mezzi finanziari adeguati per appropriarsi per conto loro della capacità produttiva⁵⁴⁷. Il grado di concorrenza sul mercato è di maggiore intensità, quando i partecipanti al mercato ritengono necessario accordarsi sulle limitazioni concorrenziali. Lo stesso vale per i contratti di licenza; in questo senso bisogna domandarsi se il licenziatario sia egli stesso in grado di produrre e distribuire il prodotto licenziato. Tale possibilità aumenta quando il licenziatario è già presente in altri mercati affini dal punto di vista geografico o del settore produttivo. In tutte le altre costellazioni, la probabilità dell'ingresso sul mercato del licenziatario è da valutare attentamente caso per caso⁵⁴⁸.

In un'applicazione di questo tipo dell'art. 3 GWB anche ai contratti di scambio, bisogna fare attenzione alla circostanza che i contratti di scambio tra concorrenti non rientrano nelle disposizioni dell'art. 1 GWB, quando le limitazioni concorrenziali tra le parti sono necessarie per il funzionamento del rapporto di scambio. In questo senso si parla di "*Immanenzttheorie*", secondo la quale le limitazioni concorrenziali necessarie al funzionamento dei contratti di scambio non ricadono nell'art. 1 GWB e il loro esonero, ai sensi dell'art. 3 GWB, non è necessario.

⁵⁴⁶ Nel modello societario della GbR rientrano anche ad esempio, gli EWIV – GEIE, i cui profili di Diritto della concorrenza nell'ordinamento tedesco e quello comunitario sono stati affrontati da C. RUEBESAMEN, *Die EWIV im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht*, Berlino, 1995.

⁵⁴⁷ Le *utilities* energetiche e i distributori sono concorrenti per quanto riguarda l'approvvigionamento dell'energia, i distributori e i grandi clienti invece, che non generano tale prodotto sostanzialmente non lo sono.

⁵⁴⁸ Uno scienziato o un artista vorrebbero essere in grado di gestire autonomamente la loro opera di ingegno, ma dal punto di vista economico, ciò sarebbe profittevole solo se essi fossero in grado di pubblicizzare il loro lavoro adeguatamente.

7.3 Contratti a stella e altri sistemi verticali basati su rapporti orizzontali

Un accordo “tra imprese concorrenti tra di loro” può esserci anche quando si è in presenza di una moltitudine di contratti collegati. In contrapposizione ai contratti di scambio, esaminati in precedenza, l'applicazione dell'art. 3 non deriva dal rapporto di concorrenza tra le parti degli accordi di scambio, perché in tali altri contratti le parti non devono essere obbligatoriamente concorrenti. Di maggiore importanza è l'accordo orizzontale di una parte contrattuale con i suoi concorrenti - attuali o potenziali - sulla conclusione di rapporti verticali. Se le parti sanciscono la loro volontà mediante la conclusione di un contratto societario, ci si trova in presenza di un tipico accordo orizzontale sotto forma di società.

Cooperazioni più deboli rientrano a loro volta sotto la disciplina dell'art. 3 GWB, ad esempio quando vari contratti si richiamano tra loro e la cui efficacia ha senso solo se essi sono eseguiti contemporaneamente. I contratti a stella - che possono rientrare nel campo di applicazione dell'art. 3 del GWB - sono definiti costellazioni contrattuali nelle quali i concorrenti (rapporto orizzontale) stipulano accordi verticali con un terzo. Viceversa, il testo normativo dell'art. 3 - non comprendendo accordi tra imprese che non siano in competizione tra loro - afferma chiaramente che non è possibile privilegiare gli accordi tra non concorrenti. La delimitazione dell'applicabilità agli accordi anti-concorrenziali orizzontali è necessaria, poiché quelli che riguardano soggetti non concorrenti sono un tipico fenomeno dei contratti verticali e non sottostanno alla normativa dell'art. 3 GWB.

CAPITOLO VIII

La *GbR* e gli accordi di collaborazione tra imprese

1. Profili generali della *Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)*

Oltre al *cluster*, che dal punto di vista giuridico non ha una specifica disciplina nell'ordinamento tedesco, la seconda modalità alla quale è necessario guardare con grande interesse in relazione al contratto di rete, è costituita dalla *GbR*, regolata nel titolo XV del secondo libro del *BGB (Bürgerliches Gesetzbuch⁵⁴⁹)*, agli artt. 705-740. Tale modello societario rappresenta una figura classica per formalizzare un accordo orizzontale, che come visto in precedenza, è tutelata dal legislatore tedesco, perché migliora il grado di competitività delle Pmi. Sebbene in Germania il contratto di rete - come quello previsto dall'ordinamento italiano - non esista e i rapporti di rete *Netzwerke* non abbiano ancora un riconoscimento giuridico, la *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* denominata anche *BGB-Gesellschaft* comprende qualsiasi fenomeno aggregativo poiché il suo fine è il più ampio possibile⁵⁵⁰, ovvero mediante tale negozio, le parti aderenti si impegnano al raggiungimento di uno scopo comune; di qualsiasi tipo, dunque, purché lecito. A tale modello societario, si riconducono, infatti, le ARGE (equiparabili alle ATI di diritto italiano), i consorzi e i *pool* (entrambe le figure sono paragonabili ai consorzi di diritto italiano, ma presentano differenze, quali ad esempio la loro utilizzazione che è in Germania ad appannaggio quasi esclusivamente del mondo finanziario), le *Joint Venture* e i cd. EWIV, ovvero I GEIE. Per questo motivo appare interessante andare ad approfondire il modello societario della *GbR* e degli altri accordi di coordinamento, elencati precedentemente, al fine di evidenziarne le caratteristiche, rilevando i pregi e i difetti di ogni fattispecie contrattuale e di prospettare una possibile introduzione del contratto di rete italiano nell'ordinamento tedesco.

La *GbR* costituisce l'archetipo delle società di persone nel diritto tedesco⁵⁵¹; l'art. 705 del *BGB*⁵⁵², infatti, con una formulazione assai ampia, definisce la *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* come un contratto con il quale i soci si obbligano, secondo le modalità previste, a raggiungere uno scopo comune, in particolare per quanto riguarda i conferimenti concordati⁵⁵³.

Il legislatore tedesco ha scelto di inserire le *GbR* nel *BGB* separandole sia dalle altre società di persone sia dalle società di capitali che invece sono disciplinate nell'*HGB (Handelsgesetzbuch)*. La *GbR* rappresenta il prototipo dell'intera categoria delle società di persone⁵⁵⁴, poiché il *BGB* rivolge a tale modello societario disposizioni che sono destinate a regolare anche le società in nome collettivo (*offene*

⁵⁴⁹ Sul tema L. V. ADERHOLD, *Das Schuldmodell der BGB-Gesellschaft*, 1981.

⁵⁵⁰ Così W. FLUME, *Schuld und Haftung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, in *FS für Harry Westermann*, 1974, 119.

⁵⁵¹ A tal proposito K. BRODERSEN, *Die Beteiligung der BGB-Gesellschaft an den Personenhandelsgesellschaften*, Colonia, 1988.

⁵⁵² L'art. 705 prevede che „Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten“.

⁵⁵³ A riguardo J. HAUSCHKE, *Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gesellschafterin*, 2005.

⁵⁵⁴ V. H. BUCHNER, *Zur rechtlichen Struktur der Personengesellschaften*, in *AcP* 169, 1969, 483 ss.

Handelsgesellschaft - oHG) e le società in accomandita semplice (*Kommanditgesellschaft - KG*⁵⁵⁵). La previsione normativa, tuttavia, stabilisce alcune peculiarità tipiche di tali società.

In merito alla disciplina, anzitutto, è possibile distinguere la società esterna da quella interna. La prima, di particolare interesse ai fini del presente studio, è caratterizzata da parti contrattuali che agiscono verso l'esterno come un *unicum* e sono legate da un patrimonio comune; la seconda invece, di mero interesse interno, limitato ai componenti, non ha rilevanza sul mercato e può essere ricondotta al fenomeno della società di fatto. Esempi emblematici quali la *stille Gesellschaft*⁵⁵⁶ e la *Unterbeteiligungsgesellschaft* non sono altro che varianti della *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* con effetti interni⁵⁵⁷.

La definizione di *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* (*GbR*) contenuta nell'art. 705 del *BGB* stabilisce che le parti si vincolano a perseguire uno scopo comune. Con la sottoscrizione del contratto, dunque, i partecipanti si obbligano a raggiungere, oltre ai loro obiettivi individuali (differenti per ogni singolo), anche quelli condivisi. Lo scopo comune, previsto dall'art. 705 come elemento essenziale del contratto, può riguardare operazioni commerciali, investimenti o cooperazione tra imprese preesistenti. L'attività della *GbR* può essere esercitata per realizzare scopi di natura economica, obiettivi di natura ideale o, comunque, non economica: culturale, ricreativa, assistenziale e così via.

Tale modello societario può essere costituito, quindi, per raggiungere un'ampia gamma di obiettivi di natura, sia economica che idealistica e avere una durata indefinita o manifestarsi esclusivamente per un periodo determinato⁵⁵⁸.

Per quanto riguarda l'aspetto soggettivo, la *GbR* deve essere stipulata da almeno due parti che possono essere persone fisiche, giuridiche, o enti di fatto. La presenza di due o più soggetti nel contratto costituisce un elemento essenziale, giacché la normativa vieta, espressamente, la costituzione di una *GbR* unipersonale. La *GbR* può essere a sua volta membro di una società di capitali, con la conseguenza che il suo patrimonio sarà composto da titoli o partecipazioni azionarie⁵⁵⁹; così come può aderire ad una cooperativa, ad un'associazione o ad un'altra organizzazione dello stesso tipo⁵⁶⁰.

⁵⁵⁵ Sul punto H. V. GERKAN, *Die Gesellschafterhaftung in der Schein-Kommanditgesellschaft, insbesondere im Gesellschaftskonkurs*, in *ZGR*, 1992, 109 ss.

⁵⁵⁶ La *stille Gesellschaft* è da sempre al centro dell'attenzione della dottrina v. per tutti F. Koenigs, *Die stille Gesellschaft*, Berlin, 1961.

⁵⁵⁷ Secondo U. BLAUROCK, *Unterbeteiligung und Treuband an Gesellschaftsanteilen*, 1981.

⁵⁵⁸ Per un'analisi approfondita sul tema, Cfr. K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, Colonia, 2002, 1089 ss.; P. ULMER, *Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft*, Monaco, 2003; I. SAENGER, *BGB Kommentar*, Münster, 2012; H. GIEFERS, M. RUHKAMP, *Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, Colonia, 2003.

⁵⁵⁹ Sull'adesione alle società di capitali v. U. KOCH, *Die Beteiligung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts an der GmbH-Gründung*, in *ZHR*, 1982, 118 ss.

⁵⁶⁰ Essa può partecipare, dunque, anche ad un'altra società di persone, v. S. KLAMROTH, *Beteiligung einer BGB-Gesellschaft an einer Personengesellschaft*, in *BB* 1983, 796 ss.

La partecipazione ad una *GbR* comporta la nascita di una serie di diritti e doveri per i soci; primo fra tutti l'obbligo di conferimento delle quote sociali. Quest'ultimo può consistere nell'apporto di denaro, messa a disposizione di personale, attrezzi o risorse.

Grazie alla notevole flessibilità⁵⁶¹ offerta dagli artt. 705 e ss., il legislatore attribuisce ampia autonomia negoziale alle parti. La libertà, però, se da un lato favorisce l'autodeterminazione dei contraenti, dall'altro causa la mancanza di uniformità dell'istituto⁵⁶².

La disomogeneità è amplificata dalla possibilità offerta ai partecipanti di derogare le scarse norme previste dal legislatore, mediante l'inserimento nel contratto di disposizioni modificative dell'assetto personale e patrimoniale⁵⁶³.

Il campo di azione delle *GbR* è il più vasto nel sistema giuridico tedesco; tanto da ricomprendere le società tra liberi professionisti, quelle coniugali, le cooperative di costruttori e fondi immobiliari (*Bauberrngemeinschaft* e *Immobilienfonds*⁵⁶⁴) fino a quelle che gestiscono patrimoni, alle *ARGE*⁵⁶⁵ (*Arbeitsgemeinschaft*) o ai *pool* di imprese. Queste ultime rappresentano il fenomeno più interessante nella comparazione con il contratto di rete italiano, poiché, i partecipanti, che possono essere singoli individui ma anche società, cooperative ed associazioni, si vincolano contrattualmente con il fine di raggiungere uno scopo comune, lavorando e agendo insieme, in maniera coordinata basandosi su un programma predeterminato. Per raggiungere tale obiettivo, utilizzano risorse materiali (patrimonio, attrezzature, etc.) e immateriali (sapere, conoscenza, etc.) messe a disposizione dai singoli.

2. La definizione di *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* e il suo ambito di applicazione

Come si evince dall'art. 705 BGB la *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* è un accordo contrattuale tra più persone con lo scopo di esercitare un'attività economica in comune⁵⁶⁶. Le principali caratteristiche della società sono:

⁵⁶¹ L'ingente grado di autonomia negoziale che caratterizza la normativa sulle *GbR* si ritrova anche nel contratto di rete per la flessibilità che lo contraddistingue. Cfr. G. PALMIERI, *Profili generali del contratto di rete*, cit., 4, che giudica la quasi mancanza di capacità distintiva della figura contrattuale come la prima e inequivocabile testimonianza dell'estrema flessibilità che il legislatore ha voluto conferire alla nuova figura.

⁵⁶² La dottrina è critica nei confronti della *GbR* v. P. ULMER, *Die böchstrichterlich „enträtselte“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, in *ZIP*, 2001, 585 ss.; ID., *Das Streichquartett - eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, in *FS K. Schmidt*, 2009, 1625 ss.

⁵⁶³ Le parti possono ad esempio prevedere anziché la rappresentanza affidata ad ogni singolo, la presenza di un organo comune che prenda decisioni autonomamente, o limitando la responsabilità al patrimonio della società

⁵⁶⁴ Sul tema A. HOLMER, *Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Grundlage geschlossener Immobilienfonds*, 2006.

⁵⁶⁵ L'*ARGE* è definita come un'aggregazione di imprese che ha come scopo quello di raggiungere un obiettivo prefissato sia esso aziendale sia idealistico: come ad esempio sviluppare un progetto di sviluppo e/o di ricerca. L'elemento che la contraddistingue è che i partecipanti non si impegnano ad esercitare in comune un'attività per sempre bensì per una durata prestabilita. Le imprese vogliono perseguire miglioramenti; per esempio mediante l'interazione del personale, la *GbR* può essere in grado di ottenere brevetti per migliorare la propria competitività e quella dei singoli partecipanti. Viceversa gli obiettivi del contratto di rete sono collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese; e/o scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica; e/o esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa.

⁵⁶⁶ Ci si riferisce S. GÖCKELER, *Die Stellung der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts im Erkenntnis- Vollstreckungs- und Konkursverfahren*, Berlin, 1992.

- presenza di più soci;
- stipula del contratto societario;
- previsione dello scopo comune;
- obbligo per le parti di conseguire lo scopo prestabilito.

Per distinguere le *BGB-Gesellschaft* dalle altre società di persone non è sufficiente la disponibilità di tutti questi elementi, bensì è necessaria la presenza di un'ulteriore facoltà di tale tipo societario, assente negli altri modelli contrattuali (*oHG*⁵⁶⁷, *KG*, *stille Gesellschaft*⁵⁶⁸, *Partnerschaftsgesellschaft*, *GEIE* o *Partnerreederei*), ovvero la possibilità di agire sul mercato come società interna o esterna⁵⁶⁹.

Generalmente nello studio del diritto societario, la *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* è identificata come primo tipo societario, in quanto prototipo delle società di persone. Questa schematizzazione, tuttavia, rischia di delimitare il campo di azione della *BGB-Gesellschaft* che necessita di un continuo aggiornamento⁵⁷⁰. La normativa in esame, infatti, è sicuramente la più complessa nell'ambito del diritto societario, poiché:

- la disciplina degli artt. 705 e ss. è frammentata;
- la manifestazione di questo tipo societario è molto vasta;
- una sistemazione ed un inquadramento delle molteplici forme di manifestazione del fenomeno non è realizzabile.

Il legislatore tedesco ha disciplinato all'art. 705 la *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* come figura unitaria; tuttavia, visto che sotto tale unità formale si nasconde una varietà di manifestazioni con annessi problemi giuridici completamente differenti, un obiettivo rilevante consiste nel riordinare tale molteplicità sulla base delle caratteristiche giuridiche rilevanti⁵⁷¹. La grande mole di problemi posti deve essere analizzata in base a due punti di vista. Secondo l'ottica dell'evidenza giuridica bisogna, anzitutto, inquadrare la tipologia delle innumerevoli manifestazioni di tale tipo societario. I rapporti giuridici che nascono in forza degli artt. 705 e ss. sono i più numerosi e, allo stesso tempo, i più disparati, distinguendosi tra di loro da un punto di vista qualitativo in maniera maggiormente significativa rispetto a ciò che accade negli altri tipi societari. Basti pensare che di tale fenomeno fanno parte, allo stesso modo, il semplice acquisto in comune di un biglietto della lotteria, un contratto di cooperazione di lunga durata tra imprese, così come un consorzio.

Secondo il principio della sistematica giuridica, il legislatore ha voluto creare negli artt. 705 e ss. una figura unitaria, malgrado la diversità dell'oggetto disciplinato; tale regola dell'universalità è molto

⁵⁶⁷ V. F. GROTH, *Die analoge Anwendung von OHG-Recht auf BGB-Gesellschaften*, Francoforte, 1994.

⁵⁶⁸ A tal riguardo U. BLAUROCK, *Handbuch der stillen Gesellschaft*, Colonia, 2003.

⁵⁶⁹ Sulla differenza tra società e mera rilevanza interna da quelle esterne v. K. Schmidt, *Zur „Außenhaftung der Innengesellschaft“*, in *JuS*, 1988, 444 ss.; ID., *Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig*, in *NJW*, 2001, 993 ss.

⁵⁷⁰ Sul tema T. GRUNEWALD, *Gesellschaftsrecht*, Tübingen, 2005.

⁵⁷¹ Ci si riferisce W. FIKENTSCHER, *Zu Begriff und Funktion des „gemeinsamen Zwecks“ im Gesellschafts- und Kartellrecht*, in *FS Harry Westermann* 1974, 87 ss.

importante, poiché in questa maniera possono essere ricompresi diversi fenomeni societari nell'ambito di questa categoria che risulta essere, dunque, molto flessibile. D'altra parte, tuttavia, tale principio di differenziazione richiede alle parti la necessità di inserire diverse clausole contrattuali, poiché il legislatore fornisce solamente una cornice normativa da riempire di contenuti.

I quesiti sulla *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* sono resi ancora più complessi dal fatto che il legislatore tedesco considera il sistema disomogeneo della *BGB-Gesellschaft* come base fondamentale per il diritto societario in generale e delle società di persone in particolare. Il nucleo comune è costituito da:

- scopo comune (art. 705 BGB);
- fondamento giuridico che stabilisce il divieto di obbligare un socio a conferire del capitale se non pattuito precedentemente (art. 707 BGB);
- divieto di perdere i diritti derivanti dall'essere socio (art. 717 BGB);
- principio dell'indennità del socio che recede e dell'accrescimento cd. *Anwachsung* (art. 738 BGB)

La considerazione, dunque, della *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* come base per qualsiasi altra società di persone non è immune da rischi⁵⁷². Gli artt. 705 e ss. valgono in maniera sussidiaria per la *offene Handelsgesellschaft* (art. 105 HGB), per la *Kommanditgesellschaft* (artt. 105, 161 HGB) per il Gruppo economico di interesse europeo -GEIE - (artt. 1 *EWIV-AusführungsG*, 105 HGB) ma anche per la *stille Gesellschaft* anche se l'art. 230 HGB non lo afferma esplicitamente.

3. La disciplina patrimoniale della *Gesellschaft bürgerlichen Rechts*

Una società può essere definita come: rapporto obbligatorio; fenomeno associativo e soggetto di diritto. Ogni società - sia che abbia rilevanza esterna, sia solo con efficacia limitata tra le parti - può essere vista come fenomeno associativo; ma mentre la società con rilevanza esterna presenta un'organizzazione comune, quella con rilevanza interna può anche non avere alcuna struttura unitaria - ed è questo il caso più diffuso - e concludersi in un mero rapporto di scambio. Tuttavia, non tutte le società possono essere titolari di un patrimonio. Simili problematiche strutturali del diritto societario riguardano in pieno quello delle *Gesellschaft bürgerlichen Rechts*⁵⁷³, in particolar modo in riferimento alla disciplina patrimoniale. Ciò è dovuto a diverse cause:

La prima riguarda la relazione tra diritto interno ed esterno. La società può, infatti, essere meramente di rilevanza interna e in tal caso è limitata esclusivamente ad un rapporto di scambio; tuttavia anche quando è impostata in maniera associativa - ad esempio con organi sociali con potere di deliberazione - il rapporto organizzativo sorge solamente tra i soci, poiché questo tipo societario non presenta un patrimonio sociale e non agisce come un *unicum* verso l'esterno. Nella prima bozza del BGB la

⁵⁷² Su tal punto v. K. BALLERSTEDT, *Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der Personengesellschaften*, in *JuS* 1963, 253 ss.

⁵⁷³ Così B. GÜVEN, *Die Unterscheidung von Innen- und Außengesellschaft bürgerlichen Rechts*, Berlin, 2010.

Gesellschaft bürgerlichen Rechts doveva essere limitata a questo modello, ma con la sua approvazione definitiva è stata prevista anche la cd. *Gesamthandsgesellschaft* con una sua precisa disciplina patrimoniale⁵⁷⁴. Questo punto evidenzia chiaramente la disomogeneità della figura giuridica; quest'ultima è aumentata dalla circostanza che, sebbene ogni società debba rispettare la disciplina riguardante i rapporti interni della società previsto ai sensi dell'art. 705, tale normativa ha carattere dispositivo e i soci sono liberi di creare una figura giuridica notevolmente distante dal modello fornito dal legislatore, prevedendo altresì un'organizzazione titolare di un proprio patrimonio⁵⁷⁵. Per quanto riguarda i profili attinenti agli effetti verso i terzi, la stipula di una *BGB-Gesellschaft* non è soggetta ad alcuna forma di controllo e di pubblicità prevista dalle norme generali in materia di diritto societario⁵⁷⁶.

I soci, dunque, non devono rispettare una normativa stringente per la costituzione di una *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* con rilevanza esterna ed è sufficiente la sola volontà di creare tale tipo societario e l'apporto del patrimonio sociale che non può essere utilizzato dal singolo socio (art. 718, 1 comma BGB⁵⁷⁷). La *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* non è neppure soggetta all'istituto della registrazione, poiché il registro delle imprese non dispone di una sezione dedicata all'iscrizione delle *BGB-Gesellschaft*, le quali, tra l'altro, nel caso in cui decidessero di iscriversi, diventerebbero automaticamente oHG⁵⁷⁸. La mancanza di pubblicità, tuttavia, comporta degli svantaggi sia per i soci sia per i terzi. I primi sono spesso soggetti personalmente alla responsabilità, poiché la legge non distingue chiaramente la società interna da quella esterna, mentre i secondi non possono rendersi conto concretamente della situazione patrimoniale della controparte. L'assenza di una specifica disciplina in merito ai profili probatori comporta ad esempio, che nel caso in cui un immobile sia registrato a nome di vari soci riuniti in una *Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, il registro potrebbe disporre di dati non aggiornati, poiché nel frattempo le quote di partecipazione nella società hanno subito modifiche o sono state alienate oppure la società potrebbe essersi estinta senza che ciò sia stato reso conoscibile ai terzi⁵⁷⁹.

Anche nel caso in cui ci si trovi di fronte ad una *BGB-Gesellschaft* a rilevanza esterna, si pongono comunque difficoltà ulteriori; infatti, essa e l'istituto del *Gesamthand* sono al centro del dibattito sia in dottrina, sia in giurisprudenza, per motivi teorici, ma anche pratici⁵⁸⁰. Quando si è in presenza di una *Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, anche i casi più semplici diventano complessi, necessitando di una continua attenzione da parte del BGH che, con numerose sentenze, ha spesso mutato la fisionomia della figura

⁵⁷⁴ In proposito W. FLUME, *Gesamthand und juristische Person in FS Ludwig Raiser*, 1974.

⁵⁷⁵ Sulla disciplina dei rapporti interni in una GbR v. K.S. SCHOLZ, *Beschlussmängelstreitigkeiten in Personengesellschaften - Verselbständigung auch im Innenverhältnis*, in WM, 2006, 897 ss.

⁵⁷⁶ Sul tema W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Die Personengesellschaft*, 1977.

⁵⁷⁷ A riguardo W. HADDING, *Actio pro socio*, 1966.

⁵⁷⁸ Tale profilo normativo distingue la disciplina in Germania da quella in Italia che prevede per le società semplici l'iscrizione in una sezione speciale del registro delle imprese ma solo ai fini dell'opponibilità ai terzi. Si tratta di pubblicità dichiarativa e non costitutiva in quanto non necessaria ai fini della valida costituzione della società; altra differenza è che le s.s. non possono mai svolgere attività commerciale

⁵⁷⁹ Sull'iscrizione della GbR nel registro immobiliari v. J. WILHELM, *Die Grundbuchfähigkeit der Gesamthandsgesellschaft bürgerlichen Rechts*, in NZG 2011, 801 ss.; C. RECKNAGEL, *Die Teilnahme von BGB-Gesellschaften am Grundstücksverkehr*, Baden-Baden, 2012.

⁵⁸⁰ Sul tema W. FLUME, *Gesellschaft und Gesamthand*, in ZHR 1972, 177 ss.

societaria. Le decisioni del *BGH* sono fondamentali, non per la difficoltà dei casi - che sarebbero facilmente risolvibili laddove si trattasse di altri tipi societari - ma a causa delle profonde lacune lasciate dal legislatore⁵⁸¹.

4. I tipi giuridici

L'enorme varietà di figure, in cui tale modello societario può rivelarsi, rende necessaria una classificazione che vada a delineare i profili chiave di ogni possibile manifestazione della fattispecie in esame.

4.1 Società a tempo determinato e società contratte senza limiti di durata

La contrapposizione tra società costituite a tempo determinato e quelle senza vincolo temporale è emblematica dell'ampiezza dei rapporti giuridici che sorgono *ex artt.* 705 e ss. La dottrina ha rinunciato completamente ad una delimitazione delle due figure, la cui distinzione si fonda sullo scopo della società piuttosto che sulla durata vera e propria delle stesse. La società con durata limitata rappresenta quel modello in cui i soci si accordano sul fatto che essa termini di produrre effetti al momento del raggiungimento dello scopo sociale (cfr. art. 726 BGB); anche l'altro schema societario può essere sciolto alla stessa maniera (cfr. art. 726 BGB), ma in tal essa non è una scelta obbligata, dal momento che le parti possono optare per la continuazione del vincolo societario. I consorzi e gli altri accordi di cooperazione *ad-hoc* sono esempi classici di società con un limite temporale; l'altra categoria, invece, è rappresentata dalle società titolari di attività d'impresa. Nella realtà imprenditoriale e secondo i dati disponibili la *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* più comune è quella a tempo determinato.

4.2 Società con rilevanza esterna o meramente interna, società con o senza patrimonio

Un importante criterio di differenziazione, sia da un punto di vista giuridico che nella prassi delle imprese, è costituito dalla differenza tra società con mera rilevanza interna e quelle che hanno effetti verso i terzi. La prima è definita come una società che, grazie ad accordi intercorsi tra i soci, partecipa attivamente sul mercato ed entra direttamente in rapporto con i terzi. La seconda, invece, rimane limitata agli accordi intercorrenti tra i soci e non agisce verso l'esterno⁵⁸². Il trattamento differente delle società a rilevanza esterna rispetto a quelle interne è, quindi, una necessità; infatti, il fatto che i rapporti giuridici intercorrono solo tra soci oppure tra essi con i terzi non può non comportare diverse

⁵⁸¹ Sulle modifiche subite dalla figura contrattuale della *Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, cfr. M. ALBERTS, *Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Umbruch*, Berlino, 1994.

⁵⁸² Anche gli istituti di diritto commerciale quali la *stille Gesellschaft* e la *Unterbeteiligungsgesellschaft* non sono altro che varianti della *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* con effetti interni. Società commerciali, del resto, non potrebbero esserlo, poiché tale tipo societario non può essere soggetto giuridico né commerciale.

conseguenze. La delimitazione delle due figure è, tuttavia, in alcuni casi pratici molto difficile, rispetto a quello che si penserebbe applicando la sola regola teorica. Per la qualifica di società con rilevanza esterna non basta che essa sia riconoscibile davanti ai terzi, ma è necessario altresì che questa operi sul mercato come autonomo titolare di diritti e doveri.

Di particolare rilievo è anche la differenza tra società con o senza patrimonio. Dal punto di vista dogmatico è dibattuto se la società a rilevanza esterna sia necessariamente *Gesamthandsgesellschaft* e se quella interna possa non esserla mai. Oggi, la dottrina maggioritaria non concorda su tale affermazione, ritenendo che la società con rilevanza esterna non debba per forza disporre di un patrimonio, mentre le società interne potrebbero, secondo un'opinione sempre più diffusa, avere un patrimonio. Secondo l'opinione qui sintetizzata, nel diritto delle società di persone esistono i seguenti assunti:

- La cd. *Gesamthandsgesellschaft* con un suo patrimonio deve essere una società con rilevanza verso l'esterno;
- Le società di mero interesse interno non sono mai *Gesamthandsgesellschaften*;
- Le società a rilevanza esterna - solo questo punto è molto dubbio - sono sempre cd. *Gesamthandsgesellschaften*, poiché solo quelle con un patrimonio autonomo possono operare come soggetto indipendente e partecipare sul mercato distintamente dai propri membri.

4.3 Società con soli fini civilistici e società titolare d'impresa

Un elemento che ha una notevole rilevanza nella prassi delle imprese è la differenza tra società con soli fini civilistici e quella titolare di attività imprenditoriale⁵⁸³. Tale contrapposizione è totalmente assente nel disposto normativo, ma si rende necessaria al fine di ordinare e sviluppare il diritto della *BGB-Gesellschaft*⁵⁸⁴. Compreso che la *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* non è considerato come un istituto unitario né per la prassi né per la dottrina, ci si domanda se non sarebbe più proficuo emanare nuove norme o rielaborare il testo normativo vigente. Una società titolare di attività d'impresa fu individuata per la prima volta durante il 19° secolo e fu definita come *Erwerbsgesellschaft*. Oggi invece, in maniera più precisa, è definita come società titolare di attività imprenditoriale. Un modello di questo tipo di *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* è una società a rilevanza esterna titolare di autonomi diritti e doveri rispetto ai suoi partecipanti. Il trattamento separato di tale tipo societario è dovuto al fatto che il diritto richiede come caratteristiche i seguenti elementi.

- Titolarità di diritti e doveri⁵⁸⁵;

⁵⁸³ Sulla GbR titolare di attività d'impresa cfr. P. REIFF, *Wider die unternehmenstragende Gesellschaft bürgerlichen Rechts ohne Gesellschafterhaftung*, in ZIP, 1999, 517 ss.; K. SCHMIDT, *Zum Haftungsstatus unternehmenstragender BGB-Gesellschaften*, in FS Fleck, 1988, 271 ss.

⁵⁸⁴ In maniera dettagliata B. DAUNER-LIEB, *Ein neues Fundament für die BGB-Gesellschaft*, in DSrR, 2001, 356 ss.

⁵⁸⁵ In tale prospettiva appare interessante l'analisi di J. WERTENBRUCH, *Die Parteifähigkeit der GbR – die Änderungen für die Gerichts- und Vollstreckungspraxis*, in NJW, 2002, 324 ss.

- Capacità di agire⁵⁸⁶;
- Soggettività processuale attiva e passiva;
- Possibilità di ricorrere alla procedura di insolvenza⁵⁸⁷.

Queste caratteristiche sono state riconosciute alla *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* grazie alla sentenza sul caso *Weisses Ross* BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056⁵⁸⁸, che, tuttavia, riguarda tutte le *Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, senza distinguere a seconda che esse siano o meno titolari di attività d'impresa⁵⁸⁹. La delimitazione di tale modello societario è ottenibile in maniera positiva con il concetto dell'impresa e della sua titolarità, poiché la società deve essere autonomamente titolare di diritti e doveri⁵⁹⁰.

Negativamente invece vale il termine *Kaufmann*, poiché le attività commerciali devono sottostare a regolamentazioni restrittive del diritto commerciale sulle loro forme legali che possono essere *oHG* o *KG*. Per questo motivo nella categoria delle imprese titolari di attività imprenditoriali rientrano le seguenti varianti:

- Società non commerciali come ad esempio quelle tra artisti o liberi professionisti;
- Società tra imprese che siano di modesta entità e che non devono essere iscritte nei registri (cfr. artt. 1, comma 2; 2 e 105, comma 2 HGB);
- Società che rientrano nell'art. 3 dell'HGB, che hanno la possibilità di registrarsi ma decidono di non farlo.

La società con meri fini civilistici, per la quale queste caratteristiche non valgono, si differenzia dall'altro modello societario, non per lo scopo ideale - anch'essa può essere orientata ad uno scopo lucrativo - bensì per la mancanza di attività di impresa. A tale categoria non appartengono soltanto gli accordi che mirano a raggiungere scopi privati, ma anche, ad esempio, la cooperazione tra varie imprese o le ARGE. Sebbene il codice civile tedesco - purtroppo - non lascia intravedere espressamente tale differenza, questa comporta conseguenze non solo in tema di politica del diritto, ma anche nella pratica degli affari poiché⁵⁹¹:

- La società con meri fini civilistici può essere sia interna che esterna; quella, invece, titolare di attività di impresa deve essere necessariamente una società con rilevanza esterna;

⁵⁸⁶ A tal riguardo M. HABERSACK, *Die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der GbR und der akzessorischen Gesellschafterhaftung durch den BGH*, in BB 2001, 477 ss.

⁵⁸⁷ C. ARMBRÜSTER, *Das BGH-Urteil zur GbR: Konsequenzen für die Praxis*, in GE, 2001, 821 ss.

⁵⁸⁸ La disciplina successiva alla sentenza del 2001 è stata trattata da V. LANG, C. FRAENKEL, *Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, in WM, 2002, 260 ss.

⁵⁸⁹ Sulla soggettività della GbR v. P. ULMER, *Die rechtsfähige GbR: auf Umwegen im Grundbuch angekommen*, in ZIP, 2011, 1689 ss.; W. ZÖLLNER, *Rechtssubjektivität von Personengesellschaften?*, in FS Gernhuber, 1993, 563 ss.; ID. *Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft – ein Sachverstands- oder Kommunikationsproblem* in FS Kraft, 1998, 701 ss.

⁵⁹⁰ In tal senso V. BEUTHIEN, *Setzt die Rechtsfähigkeit der GbR besondere Organisationselemente voraus?*, in ZIP 2011, 1589.

⁵⁹¹ Su tal punto F. FABRICIUS, *Zur Haftung der BGB-Gesellschaft für unerlaubte Handlungen aus der Geschäftsführung von Gesellschaften in: Gedächtnisschrift Rudolf Schmidt*, 1966, 171 ss.

- La società con soli fini civilistici può - ma non deve - avere un patrimonio societario, quella titolare d'impresa, essendo una società esterna, deve necessariamente essere una cd. *Gesamthand*;
- Anche se la società con soli fini civilistici fosse organizzata come società esterna con un proprio patrimonio - cosa che sarebbe permessa dalla legge, ma che nella pratica più che la regola è un'eccezione - resta da comprendere fino a che punto essa sia paragonabile con quella titolare di attività di impresa rispetto a tematiche complesse come quella della responsabilità personale⁵⁹².

La differenziazione tra società con soli fini civilistici e quella titolare di attività di impresa era, originariamente, semplice e lineare. La società titolare d'impresa era vista come sorella minore dell'oHG e gemella della KG, mentre quella civilistica era in pratica inutilizzabile sia per attività commerciali che per i liberi professionisti perché non poteva essere soggetta ad iscrizione. La riforma del diritto commerciale del 1998 ha fatto perdere peso e plausibilità a tale separazione; oggi è possibile, anche per una società con rilevanza esterna, amministrare un patrimonio ed essere registrata come società commerciale (art. 105, comma 2 HGB). Questo vale, non solo per le *Besitzgesellschaften*, bensì per innumerevoli società, anche se civilistiche, che hanno un patrimonio. Non può essere, dunque, più sostenuto che le *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* titolari di attività imprenditoriale siano le sorelle minori delle oHG. Con ciò, tuttavia, non si può ancora affermare unanimemente che tutte le *BGB-Gesellschaft* con rilevanza esterna siano un tipo unitario. Tale interrogativo gioca un ruolo fondamentale in tema di soggettività giuridica della società a rilevanza esterna⁵⁹³.

4.4 Panoramica delle tipologie giuridiche più diffuse nella prassi

La *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* si manifesta sul mercato sotto forma di numerose tipologie giuridiche, che si distinguono notevolmente l'una dall'altra. Appare, quindi, evidente la necessità di fornire un inquadramento generale delle tipologie maggiormente diffuse nella realtà economica, fermo restando la successiva e più approfondita disamina delle modalità aggregative più rispondenti alla comparazione con le reti di impresa di diritto italiano.

4.4.1 Gruppi di lavoro (*Arbeitsgruppen*)

⁵⁹² Così W. BREHM, *Die Haftung des Vermögens einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts für private Schulden der Gesellschafter*, in *KTS* 1983, 21.

⁵⁹³ Una parte della dottrina sostiene che un altro criterio di differenziazione sia la differenza tra scopo lucrativo o ideale. Tuttavia, per l'opinione maggioritaria, ciò non è rilevante perché per il legislatore non è rilevante e anche perché lo scopo ideale, molte volte, dipende dal punto di vista soggettivo dell'osservatore.

Sotto forma di *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* possono collaborare diverse persone con l'obiettivo di eseguire una prestazione lavorativa comune o di sviluppare insieme un'opera di creatività; come ad esempio nel campo dei brevetti o delle invenzioni o anche delle prestazioni di artisti o di galleristi.

4.4.2 Cooperativa di costruttori e fondi immobiliari (*Bauherrengemeinschaft* e *Immobilienfonds*)

Una tipologia di *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* molto diffusa nella realtà imprenditoriale è la *Bauherrengemeinschaft*, che può essere strutturata sia come società con rilevanza esterna sia in forma meramente interna; quest'ultima rappresenta, con la finalità di costruire immobili privati, la variante più comune. La fattispecie che normalmente si presenta è la seguente: i costruttori acquistano un terreno in comproprietà e stipulano dei contratti di affidamento "*Betreuungsverträge*" con un'impresa generale, la quale s'impegna a edificare appartamenti pronti per la vendita, non consegnandoli direttamente, bensì agendo come rappresentante dei costruttori con gli architetti, ingegneri e società di costruttori. Tali contratti in nome dei costruttori sono necessari ai fini fiscali, poiché la qualità di costruttore è una condizione indispensabile per la costituzione di una *BGB-Gesellschaft* di questo tipo⁵⁹⁴.

I costruttori e i loro rappresentanti sono presi in parola anche nelle sentenze civilistiche e per tale ragione essi rispondono singolarmente dai contratti attuati dalla società. La responsabilità è⁵⁹⁵, infatti, secondo numerose sentenze del *BGH*, individuale e non comune. Per garantire tale responsabilità dei costruttori, essi devono essere parte del contratto, poiché, in caso di stipulazione di un contratto dalla *Bauherrengemeinschaft* come *Gesellschaft bürgerlichen Rechts*⁵⁹⁶, essi devono contare su una responsabilità solidale accessoria completa. Il terreno acquistato e sul quale si vuole costruire può essere considerato, ai sensi dell'art 718, come patrimonio della società, ma anche come semplice oggetto di comproprietà "*Bruchteilsgemeinschaft*".

Il fondo immobiliare chiuso è una società d'investimento con un volume di affari e investitori prestabiliti con lo scopo di costituire e amministrare uno o più immobili⁵⁹⁷. Nel caso in cui esso non si iscriva nel registro ai sensi dell'art. 105, 2 comma, avrà la forma giuridica di una *Gesellschaft bürgerlichen*

⁵⁹⁴ Tale tipo societario è stato recentemente affrontato da J. KOHLER, *Gutgläubiger Immobilienrechtserwerb von nicht bestehender GbR?*, in *NZG*, 2012, 441 ss.

⁵⁹⁵ V. H. J. HOFFMANN, *Gesamthandsverpflichtungen bei der BGB-Gesellschaft ohne gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter*, in *NJW* 1969, 724.

⁵⁹⁶ Così W. HADDING, *Zur Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts sowie zur Haftung ihrer Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten*, in *ZGR*, 2001, 712.

⁵⁹⁷ Sul tema dei fondi immobiliari chiusi cfr. H.P. WESTERMANN, *Die Sanierung geschlossener Immobilienfonds*, in *NZG*, 2010, 321 ss.

*Rechts*⁵⁹⁸; secondo le sentenze del BGH in materia di responsabilità patrimoniale, il fondo immobiliare è assimilato alla *BGB-Gesellschaft* con fini civilistici e non a quella titolare di attività di impresa⁵⁹⁹.

4.4.3 *Arbeitsgemeinschaften im Baugewerbe - ARGE*

Un passo in avanti verso la titolarità d'impresa è costituito dall'Arge che per le sue somiglianze alla rete sarà al centro dell'attenzione nei prossimi paragrafi. Essa è definita come l'aggregazione di imprese giuridicamente autonome per la prestazione di una singola attività lavorativa o di un numero limitato di esse. Elemento giustificatore della collaborazione tra imprese in un'Arge è in genere il valore dell'affare come, ad esempio, nel caso della costruzione di un ponte o di lavori autostradali; spesso le imprese collaborano anche al fine di mettere insieme le diverse migliori competenze. Nella realtà economica tale modello societario trova applicazione nel settore delle costruzioni. Per la grande diffusione del fenomeno l'associazione nazionale dei costruttori tedeschi ha emanato un modello di contratto nel 1987 che, ancora oggi, è utilizzato nella maggioranza delle operazioni commerciali.

Il preambolo del contratto tipo si rifa espressamente agli artt. 705 e ss. l'Arge ha un suo nome, una sede stabilita nel contratto e un suo indirizzo. Il suo scopo sarà identificato dal nome della struttura che si vuole realizzare e dalle singole imprese partecipanti, ad esempio Arge Metropolitana di Potsdam, X-oHG., Y-KG, Z-AG senza limitazione di responsabilità verso soggetti terzi⁶⁰⁰. Il BGH aveva limitato la responsabilità dell'Arge al suo patrimonio (ARGE-GmbH⁶⁰¹), ma tale sentenza nel frattempo è stata superata da orientamenti opposti⁶⁰². Gli obblighi di contribuzione patrimoniale dei soci sono fissati nell'art. 4 del modello contrattuale tipo, mentre gli artt. 11, 12 e 14 disciplinano gli aspetti fiscali dei mezzi finanziari, del personale e degli oggetti apportati. Il rapporto contrattuale nasce con l'accettazione dell'attività in comune (art. 22). Gli organi dell'Arge sono l'assemblea dei soci, che costituisce l'organo principale e che è disciplinato all'art. 6, la direzione tecnica (art. 7), quella commerciale (art. 8) e la direzione dei lavori (art. 9).

Come impresa a tempo l'Arge si caratterizza per essere a metà strada tra società titolare di impresa e cooperazione tra imprese. Essa non è titolare d'impresa, ma può essere organizzata sotto forma di società con rilevanza esterna, dotandosi di un patrimonio ed in questa maniera è considerata un autonomo soggetto di diritto e capace di assumere personale autonomo, come affermato a partire dalla

⁵⁹⁸ A riguardo R. HELLER, *Der Zivilprozeß der Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, 1989.

⁵⁹⁹ Sugli sviluppi attuali di tale figura v. K.R. WAGNER, *Neuere gesellschaftsrechtliche Entwicklungen in Rechtsprechung und Fachschrifttum zu notleidenden geschlossenen Immobilienfonds*, in *WM* 2010, 1684 ss.; ID., *Update 2010 gesellschaftsrechtlicher Entwicklungen in Rechtsprechung und Fachschrifttum zu notleidenden geschlossenen Fonds*, in *NZG*, 2011, 489 ss.

⁶⁰⁰ A proposito A. HASENKAMP, *Haftungsbeschränkungen bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, Baden-Baden, 2003.

⁶⁰¹ BGHZ 61, 338.

⁶⁰² BGHZ 146, 341.

sentenza, BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056. Secondo l'art. 105, 2 comma dell'HGB, può perfino essere iscritta nel registro delle imprese diventando una KG o una oHG⁶⁰³.

4.4.4 Società con attività d'impresa

In riferimento allo *status* giuridico specifico della società titolare di impresa, è di particolare importanza analizzare le tipologie giuridiche - molto differenti l'una dall'altra - che operano sul mercato.

Tale tipo societario è utilizzato nella maggioranza dei casi da piccole imprese non registrate e non commerciali⁶⁰⁴, le quali possono avere ad oggetto attività artigianali, attività di fornitura di servizi, attività di costruzione, vendita di beni, produzione di materie prime ed operare nel settore della gastronomia, del tempo libero, dell'agricoltura e silvicoltura. L'applicazione in tale ultimo settore testimonia la grande versatilità di tale tipo contrattuale, poiché mediante tale manifestazione, la *BGB-Gesellschaft* opera, non solo nel settore della collaborazione tra imprese, costituendosi come un soggetto titolare autonomo di diritti e doveri, ma anche come titolare di attività di impresa agricola, la quale non deve sottostare agli obblighi previsti per le società commerciali e che, ai sensi dell'art. 3 secondo comma dell'HGB, può optare per la non iscrizione nel registro⁶⁰⁵. In questo modo, tali società costituiscono sempre una *Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, anche se gli aderenti sono società di capitali.

La distinzione tra società titolari di attività d'impresa che agiscono come soggetti a rilevanza esterna e società interne non è sempre agevole⁶⁰⁶. Inoltre, le difficoltà di riconoscimento possono nascere anche nei rapporti di collaborazione tra imprese, come nel caso delle Arge e della cooperazione tra liberi professionisti⁶⁰⁷.

4.4.5 Le diverse forme di manifestazione di società con durata limitata: i consorzi e i *pool* d'impresa

⁶⁰³ Ci si riferisce H. ALTMEPPEN, *Die Dogmatik zur Grundbuchfähigkeit der GbR*, in ZIP 2011, 1937 ss.

⁶⁰⁴ Le farmacie, secondo l'art. 8 della legge sulle farmacie *ApothG*, possono essere condotte da più soggetti congiuntamente sotto forma di *oHG* o di *Gesellschaft bürgerlichen Rechts*. Tuttavia, giacché l'attività di una farmacia rientra tra quelle commerciali ex art. 9 del HGB, essa può essere svolta come *BGB-Gesellschaft* solo quando di piccole dimensioni e purché non sia stata registrata. Per questo motivo, società di questo tipo sono rare nella pratica degli affari.

⁶⁰⁵ Sul tema D. EICKMANN, *Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuchverfahren*, in *RPfleger* 1985, 85 ss.

⁶⁰⁶ Un esempio può essere quello di una società costituita da due coniugi che svolga un'attività di impresa di piccole dimensioni. In questo caso è dubbio davanti a quale dei due tipi societari ci si trovi poiché i soci partecipano in rapporti di diritto civile, nella dichiarazione dei redditi e nelle prestazioni socio-sanitarie in maniera differente.

⁶⁰⁷ Lo svolgimento di una professione - soprattutto quelle di medico, dentista, avvocato, notaio, commercialista o architetto - non costituisce attività commerciale, cosicché tali attività possono essere svolte solo sotto forma di *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* purché sia stata iscritta nei pubblici registri come *Partnergesellschaft*, oppure purché le si consenta l'iscrizione contro l'opinione maggioritaria della dottrina secondo la nuova formulazione dell'art. 105, 2 comma dell'HGB. Attenzione particolare deve essere prestata al caso in cui i soci intendano svolgere in comune un'attività o semplicemente utilizzare delle attrezzature - quali ad esempio l'immobile da utilizzare come studio - in comune. In quest'ultimo caso, infatti, non si parlerà di società titolare d'impresa, ma di mera società di organizzazione.

Le società con vincolo temporale sono la forma più diffusa di GbR⁶⁰⁸, oltre a tali modalità, alcuni tipi possono andare al di là delle attività della vita di tutti i giorni e costituire schemi utili per la corrente analisi; infatti nelle *BGB-Gesellschaft* a durata limitata rientrano anche i consorzi e i *pool* d'impresе. I primi sono definiti come società di durata temporanea con scopo lucrativo e, in genere, sono utilizzati nelle operazioni delle attività bancarie. Essi si differenziano tra consorzi di emissione per il piazzamento di azioni e obbligazioni e consorzi finanziari che si occupano di fornire provviste di capitali alle imprese. Oltre al settore bancario i consorzi operano nella pianificazione coordinata tra imprese, agendo nelle attività d'import ed export. Da tale breve definizione si evidenzia l'enorme differenza tra tale fenomeno aggregativo, che prevede finalità lucrativa, e quello conosciuto in Italia, che ha scopo mutualistico ma che non è limitato al comparto finanziario potendosi sviluppare in qualsiasi settore.

Anche i contratti di *pool* tra imprese danno luogo a società di durata limitata. Nella realtà imprenditoriale, tuttavia, essi possono operare anche senza limiti temporali come ad esempio nel caso degli accordi di collaborazione societari. I *pool* di imprese – maggiormente riconducibili al consorzio di diritto italiano - rappresentano una modalità di *Gesellschaft bürgerlichen Rechts*⁶⁰⁹. Essi si possono manifestare in diverse fattispecie. Quelli che entrano in gioco nelle procedure d'insolvenza, il cd. *Sicherheitenpoolvertrag in der Insolvenz*; il *pool* assicurativo, per mezzo del quale un assicuratore distribuisce i premi ed i rispettivi rischi assicurati su diverse compagnie assicurative; i cd. *Stimmrechtspool* mediante i quali in una società si costituisce la maggioranza che ne detiene il controllo. Essi creano collaborazione tra i soci per lo svolgimento del diritto di voto in maniera coordinata; altro esempio è costituito dai *cash-pool*, nei quali sono poste in liquidazione varie società appartenenti a un gruppo per amministrarle⁶¹⁰.

Le comunità d'interessi e i cartelli sono - se giuridicamente vincolanti - applicazioni classiche degli artt. 705 e ss. nell'attività imprenditoriale. Il reale utilizzo della cd. *Interessengemeinschaft* è molto ampio, spaziando dalla semplice comunità d'interessi - ad esempio mediante una campagna pubblicitaria in comune - fino a un cartello orientato al mercato o ad accordi che concentrino le imprese appartenenti al diritto delle imprese ovvero alle concentrazioni tra imprese. Gli accordi stipulati per la creazione di cartelli sono validi se compatibili con l'art. 101 TFUE in combinato disposto con gli artt. 1 e ss. del GWB. In generale tali forme giuridiche sono sempre delle *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* con finalità interna⁶¹¹.

⁶⁰⁸ Tra tali tipi societari, rientrano in primis le *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* create da soggetti che si vincolano giuridicamente all'acquisto in comune di una cosa. Esempi sono l'acquisto di un biglietto di una lotteria o di qualsiasi scommessa, se giuridicamente concordati. La domanda essenziale, dal punto di vista giuridico, è se in tali società lo scopo in comune fissato dalle parti sia una prestazione giuridicamente obbligatoria, la quale obbliga le parti al rispettare un accordo vincolante. Solo in caso di risposta positiva si può parlare di una *BGB-Gesellschaft* con finalità interna.

⁶⁰⁹ V. W. HADDING, *Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und persönliches Verpflichtetsein ihrer Gesellschafter in FS Th. Raiser*, 2005, 129.

⁶¹⁰ Sul tema cfr. H. ALTMEPPEN, *Die Grenzen der Zulässigkeit des Cash Pooling*, in ZIP, 2006, 1025 ss.

⁶¹¹ Così S. GEIBEL, *Folgeprobleme der Rechtsfähigkeit von Gesellschaften bürgerlichen Rechts*, in WM, 2007, 1496 ss.

4.5 Questioni giuridiche in tema di GbR: in particolare la figura giuridica della cd. *Gesamthandsgesellschaft* negli artt. 718 ss. BGB

Come analizzato in precedenza, l'applicazione della normativa sulla *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* presenta diverse difficoltà⁶¹²; perciò se da un lato si discute sull'opportunità di una riforma della disciplina della *BGB-Gesellschaft*, dall'altro la critica giuridica aumenta la consapevolezza dei problemi del diritto vigente e rinforza le proposte di soluzione; essa dunque non solo fa sorgere domande rivolte al legislatore, ma propone anche aggiornamenti giuridici. Per questo motivo è necessario osservare in maniera critica la normativa legislativa di cui agli artt. 705 ss. BGB⁶¹³.

Nel caso in cui le parti costituiscano un patrimonio comune, si manifesta ciò che la dogmatica giuridica definisce come una *Gesamthandsgesellschaft*, la cui disciplina nel BGB non è sufficientemente elaborata. Secondo la visione moderna, il patrimonio appartiene alla *Gesamthandsgesellschaft* e non ai singoli partecipanti ad essa. Il testo legislativo non chiarisce tale aspetto, definendo il patrimonio societario come patrimonio comune dei soci (art. 718, comma 1 BGB). Per tale ragione l'art. 718 BGB detta una disciplina relativa alla quota di ogni socio sul patrimonio della società ed ai beni appartenenti ai singoli partecipanti, vietando agli stessi di disporre delle proprie quote. Tuttavia, nel caso in cui il patrimonio societario appartenesse alla società, le quote non esisterebbero e l'art. 719 BGB sancirebbe esclusivamente che è vietato ciò che non è possibile realizzare. L'art. 738, comma 1, frase 1 BGB afferma che in caso di uscita di un socio la sua quota di partecipazione sarebbe ripartita tra i soci residui mediante l'accrescimento delle loro partecipazioni. Il risultato sarebbe lo stesso se si accettasse l'ipotesi della dottrina secondo la quale il patrimonio appartiene alla società ed in caso di uscita di un socio non ci sarebbero modifiche.

L'indecisione del legislatore può essere risolta con i mezzi dogmatici. L'ipotesi dottrinale della *Gesamthand* come soggetto giuridico⁶¹⁴ - ovvero la teoria della soggettività giuridica delle società di persone - si dimostra plausibile. Essa affronta un concetto dogmatico-giuridico basandosi su un altro articolo del BGB e seguendo le decisioni politico-giuridiche che hanno portato all'affermazione di tali postulati normativi, conciliando gli artt. 718 ss. BGB con il nuovo art. 14 BGB, nella cui formulazione ci si riferisce espressamente alle società di persone con soggettività giuridica (cfr. anche art. 1059, comma 2 BGB).

Tuttavia, se anche tale supposizione fallisca, colui che si voglia concentrare sulla dogmatica giuridica potrebbe risolvere tutti i problemi irrisolti dal legislatore nel caso della *BGB-Gesellschaft* esterna,

⁶¹² A tal proposito W. HADDING, *Haftungsbeschränkung in der unternehmerisch tätigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts* in: FS Rittner, 1991, 133.

⁶¹³ Il diritto interno della *BGB-Gesellschaft* non presenta lacune, in quanto esso si limita a dettare alcune regole fondamentali e la sua flessibilità riesce ad abbracciare la molteplicità delle forme di manifestazione del diritto stesso. Nei casi in cui la normativa legislativa appaia manchevole o superata, l'organizzazione contrattuale e l'interpretazione possono modificarla.

⁶¹⁴ Il ruolo della GbR quale soggetto di diritto autonomo rispetto ai singoli partecipanti sul mercato è stato affrontato da G. BREUNINGER, *Die BGB-Gesellschaft als Rechtssubjekt im Wirtschaftsverkehr*, Colonia, 1991.

concordando con la teoria della *Gesamthand*⁶¹⁵. Le difficoltà si possono evincere, chiaramente, nei casi semplici della rappresentanza e della sua responsabilità, dove il legislatore non si è occupato dei problemi che nascono dall'accettazione del principio della *Gesamthand* scaturente dagli artt. 705 ss. BGB.

Secondo l'art. 714 BGB il socio a cui spetta la direzione societaria è, anche nei casi dubbi, legittimato a rappresentare gli altri soci con i terzi. Seguendo tale principio, egli agirebbe all'esterno in nome di tutti gli altri soci. Dal combinato disposto degli artt. 714 e 709 BGB risulterebbe, inoltre, che tale rappresentanza nei casi dubbi spetterebbe solidalmente a tutti, il che condurrebbe ad affermare che tutti agiscono per conto della società, ma a proprio nome. Le conseguenze in termini di responsabilità deriverebbero secondo tale visione - che in base a tale ragionamento appare ormai superata - dall'art. 427 BGB, secondo cui nel dubbio rispondono tutti i soci come debitori solidali.

Il legislatore non offre una soluzione specifica di diritto societario; anche questo, in rapporto alla mancata diffusione del principio della *Gesamthand*, non può meravigliare. Oggi l'applicazione pratica della normativa si trova di fronte alla differenza tra responsabilità della società e quella personale dei soci. Sotto tale profilo, nel diritto societario trovano applicazione tre modelli completamente differenti di soluzione che ritroviamo anche nelle questioni sulla responsabilità. La dottrina individualistica, che riconosce i soci come uniche parti contrattuali; quella collettivistica, che identifica la società come una *Gesamthand*; e la dottrina della doppia obbligazione secondo la quale si può agire in nome sia della società, sia dei singoli soci.

Secondo le ipotesi analizzate in precedenza, maggiore fondamento assume quella adoperata anche nelle pronunce più recenti del BGH. Ciò, tuttavia, non modifica la situazione che porta ad affermare come la mancanza di chiarezza abbia pesato sullo sviluppo giuridico del diritto delle *BGB-Gesellschaft*, dove i casi più semplici diventano problemi giuridici immensi che non trovano risoluzione nei provvedimenti legislativi.

Soprattutto nel diritto formale, il legislatore non ha fornito alle *BGB-Gesellschaft* costituite come *Gesamthand*, caratteristiche tipiche dei soggetti giuridici. La società non è, secondo il dettame legislativo, soggetta ad iscrizione nei pubblici registri. A causa della formulazione presente nell'art. 74 GBO i soci vengono inseriti nel catasto⁶¹⁶, con la formulazione "riuniti in una GbR", e non la società stessa. Essa è da nominare per evidenziarla e distinguerla nel caso in cui i soci partecipino ad altre GbR. Il catasto deve essere informato nel caso in cui vengano trasferite quote di partecipazione. Lo stesso vale per l'iscrizione nei registri commerciali; infatti nel caso in cui una GbR sia a sua volta socia di una oHG, accomandante o accomandataria è necessaria l'iscrizione di ogni socio e non basta l'iscrizione della singola GbR. La partecipazione di una *BGB-Gesellschaft* ad una società in accomandita semplice è

⁶¹⁵ Sul punto v. J.H. SCHULZE, *Die akzessorische Haftungsverfassung der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts*, Berlino, 2006.

⁶¹⁶ Secondo l'analisi di H. BESTELMEYER, *Die erwerbende GbR im Grundstücksrecht: Ein Machtwort des BGH contra legem?*, in ZIP 2011, 1389 ss.

regolata espressamente dall'art. 162, comma 1, frase 2 HGB. Infine la GbR era ritenuta incapace di essere sottoposta ad una procedura concorsuale, poiché ad essa erano soggetti solo i suoi soci. Solamente la riforma del diritto fallimentare ha risolto tale lacuna normativa, infatti l'art. 11, nr 1 InsO stabilisce la possibilità che anche tale tipo societario possa fallire⁶¹⁷.

Non soltanto l'imperfetta figura giuridica della *BGB-Gesellschaft* come *Gesamthand* subisce una critica politico-giuridica, bensì essa si rivolge anche al modello unitario che da tale teoria scaturisce. In altre parole, il testo del BGB, non soltanto, è lacunoso, bensì anche troppo poco differenziato. Ogni *GbR* può, quando i partecipanti lo vogliano, senza alcun obbligo pubblicitario, creare un patrimonio sociale come società esterna. Per alcune società il concetto tradizionale della *Gesamthand* è riduttivo, mentre per altre il nuovo quadro della soggettività giuridica della società con risvolti verso i terzi mostra troppa autonomia⁶¹⁸.

Per quanto riguarda le *BGB-Gesellschaft* con attività imprenditoriale, si afferma che esse sono titolari di impresa, rispettando il requisito della soggettività giuridica. Quest'ultimo dispone che ogni titolare di impresa sia soggetto giuridico, capace di agire autonomamente, rispondendone in modo attivo e passivo dal punto di vista processuale e sottoposto alle procedure concorsuali. Anche per quanto riguarda la responsabilità imprenditoriale si applicano le norme di diritto dell'impresa, ovvero gli artt. 128 e ss. HGB. Il legislatore dovrebbe emanare provvedimenti speciali espressi, ma già il diritto vigente ci pone il problema di sviluppare una disciplina speciale per la *BGB-Gesellschaft* contitolare di attività di impresa⁶¹⁹.

4.6 La figura della *BGB-Gesellschaft* quale titolare di attività di impresa

Come già affermato in precedenza, per le *BGB-Gesellschaft* titolari di attività di impresa sono necessarie normative speciali e questo porta ad affermare una conseguente autonomia di tale tipo societario a rilevanza esterna. Esso si sviluppa affermando tesi ormai maggioritarie in dottrina secondo cui la *BGB-Gesellschaft* titolare di attività di impresa è portatrice illimitata di diritti e doveri⁶²⁰; prende

⁶¹⁷ La riforma ha introdotto all'art. 11 la seguente previsione “*Ein Insolvenzverfahren kann ferner eröffnet werden: über das Vermögen einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit (offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts, Partenreederei, Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung)*”.

⁶¹⁸ Ciò che per le società contitolari di attività economica è troppo poco, per altre è troppo. Nel caso in cui il legislatore permette ai partecipanti di prevedere la costituzione di una GbR con un patrimonio pone in pericolo la pubblicità dell'ordinamento giuridico e ciò accade ad esempio nelle *BGB-Gesellschaft* che vogliono amministrare un immobile.

⁶¹⁹ Dalle pronunce BGHZ 142, 315 e BGHZ 146, 341, è stata compiuta una totale autonomia nei rapporti esterni e senza limitazione alle società titolari di impresa.

⁶²⁰ Al contrario, la giurisprudenza affermava inizialmente la sua mancanza di soggettività giuridica, la sua incapacità di rispondere ad obbligazioni extra-contrattuali e la sua mancanza di soggettività nel diritto processuale e fallimentare. Per questo motivo nelle sentenze BGHZ 59, 1 e 61, 59 venne riconosciuta la possibilità dell'emissione di cambiali solo quando ci fosse il suffisso GmbH & Co. KG.

parte al mercato, mediante rappresentanza dei suoi soci; è sottoposta alla responsabilità extracontrattuale (in analogia all'art. 31 BGB) ed è soggetto di diritto processuale⁶²¹ e fallimentare⁶²².

Alla *BGB-Gesellschaft* titolare di attività di impresa può essere applicata parte della normativa prevista per le oHG. Ciò vale per la disciplina sulla responsabilità agli artt. 128-130 e 160 HGB quella sull'obbligo degli interessi (artt. 110 ss. HGB), sul divieto di concorrenza e le relative sanzioni (artt. 112 ss. HGB), sul principio dell'unitarietà della gestione societaria e della rappresentanza (artt. 115 e 125 HGB), sul loro perimetro applicativo (art. 126 HGB), sul diritto all'informazione (art. 118 HGB), sul diritto alla compartecipazione degli utili e delle perdite (artt. 120-122 HGB), sulla differenziazione non presente nel diritto delle GbR tra esclusione e scioglimento (art. 131 HGB), sulla complicazione del recesso (artt. 132-135 HGB) e sulle possibilità di esclusione e di trasmissione (art. 140 HGB).

4.7 I requisiti di una *BGB-Gesellschaft*

Il contratto di *BGB-Gesellschaft* deve essere stipulato da due o più parti, contenere la previsione di uno scopo comune che le parti vogliono raggiungere, prevedere i contributi di ogni singolo partecipante necessari a tal fine e non svolgere attività commerciale⁶²³.

4.7.1 I soci

Per la costituzione di una GbR è necessaria la presenza di almeno due soci, poiché una società di questo tipo unipersonale non è possibile. Anche nel caso in cui la bilateralità venisse a mancare successivamente, la società si scioglierebbe a partire da quel momento⁶²⁴.

Se da un lato è previsto un numero minimo di soci necessario ai fini della valida costituzione del tipo sociale in esame, dall'altro non è previsto un limite massimo di soggetti coinvolgibili.

Una domanda dogmatico-giuridica consiste nel chiedersi se una società interna possa prevedere la presenza di più di due soci; l'interrogativo non è posto al fine di comprendere se nella prassi giuridica tali fenomeni imprenditoriali siano presenti, bensì al fine di riflettere sul quesito di natura strettamente giuridica, ovvero, se in un caso del genere ci si trovi in presenza di un rapporto societario o, piuttosto, di una serie di contratti societari interconnessi tra di loro. Tale incertezza in dottrina è ancora oggetto di discussione. La risposta prevalente è quella positiva e si fonda sulle seguenti argomentazioni:

⁶²¹ Per quanto riguarda il diritto processuale, la sentenza del BGH, NJW 1980, 784 permise la sua partecipazione solo quando essa era costituita come società commerciale.

⁶²² Dal punto di vista del diritto fallimentare, invece, la sentenza miliare è quella BGHZ 113, 216 che riconobbe la possibilità di incorrere nel fallimento per determinati tipi di GbR.

⁶²³ Cfr. H. WIEDEMANN, *Zur Selbständigkeit der BGB-Gesellschaft in FS Alfred Kellermann*, 1991, 529 ss.

⁶²⁴ Per quanto riguarda il diritto italiano, nello scioglimento non è immediato ma si ha solo dopo 6 mesi se entro questo termine non è ricostituita la pluralità dei soci art 2272 cc

- Certamente nessuno impedisce ad un socio di coordinare una pluralità di contratti societari a rilevanza interna in maniera tale che ogni socio abbia rapporti solamente con un partner contrattuale;
- Giacché il rapporto societario può prevedere la presenza di una pluralità di parti, una GbR a rilevanza interna può anche essere costituita da più soci;
- L'ordinamento giuridico prevede anche associazioni interne, ovvero associazioni senza soggettività giuridica e per tale motivo sono possibili anche *BGB-Gesellschaft* interne che prevedano degli organi comuni e che possono essere disegnate per la partecipazione di una pluralità di soggetti interessati.

I soci di una GbR possono essere persone fisiche, persone giuridiche e anche le cd. *Gesamthandsgesellschaften* strutturate come *BGB-Gesellschaft* a rilevanza esterna. Persone incapaci di agire (art. 104 BGB) o capaci limitatamente (artt. 106 e 114 BGB) possono diventare soci all'atto della stipula del contratto societario, rispettando la disciplina della rappresentanza. La dottrina è divisa rispetto alla possibilità di applicare, in mancanza di tali requisiti, la disciplina sulla società di fatto, anche se risulta prevalere la tesi positiva.

4.7.2 Il contratto societario

Requisito fondamentale è la stipula di un contratto societario tra i partecipanti. Non esiste alcuna società di fatto e dunque senza contratto, tuttavia, esistono società di fatto a causa di errori nella redazione del contratto⁶²⁵. Per quanto riguarda le GbR con attività di impresa bisogna ricordare gli obblighi di forma previsti per il contratto. Una *BGB-Gesellschaft* contitolare di attività di impresa può già esistere⁶²⁶, grazie ai requisiti di forma previsti, così come una oHG, anche quando una pluralità di persone gestisca, in maniera unitaria verso terzi, un'impresa - che non sia un'attività commerciale - senza che sia richiesta un'altra forma giuridica societaria necessaria da utilizzare. Il contratto societario può essere, dunque, redatto in maniera libera ed anche per fatti concludenti. Solo in alcuni singoli casi, in base al contenuto contrattuale, può essere prevista una forma necessaria: ad esempio nei *pool* con l'apporto di quote di GmbH.

La distinzione con i contratti societari stipulati per fatti concludenti è alquanto complessa e richiede l'analisi di diverse questioni. In tali casi bisogna accertare la presenza della volontà giuridica, la quale non deve essere per forza manifestata in un atto giuridico, ma d'altra parte non può nemmeno essere accantonata e aggirata da una mera finzione. Il criterio giusto da adottare è difficile da identificare, ma

⁶²⁵ Il contratto societario di una GbR è stato ampiamente approfondito da H. WIEDEMANN, *Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften*, in *WM*, suppl. Straordinario, 8, 1990.

⁶²⁶ Sul tema B. HENNECKE, *Das Sondervermögen der Gesamthand*, Berlin, 1976.

in alcuni casi pratici è ipotizzabile⁶²⁷. In sintesi il BGH afferma che il semplice agire in comune delle parti, non è sufficiente alla costituzione di una società. Al contrario, esistono esempi dove si viene a formare una sorta di società comune per dividere i profitti, che invitano ad accettare l'ipotesi di costituzione del contratto societario, poiché, ai sensi degli artt. 731 ss. BGB, dopo lo scioglimento della GbR, i soci hanno il diritto di dividersi il patrimonio.

Il contratto societario costituisce un rapporto obbligazionario e per questo motivo soggetto alla sua disciplina contenuta nel BGB; quando poi esso contenga elementi organizzativi - e così in genere accade nelle *BGB-Gesellschaft* a rilevanza interna - il contratto societario è anche uno organizzativo. I diritti e gli obblighi che da esso derivano, quindi, non si esauriscono esclusivamente nelle prestazioni e controprestazioni contrattuali, proprio per la presenza del rapporto di organizzazione. Per questo motivo la disciplina applicabile alla violazione dei comportamenti nel diritto delle obbligazioni - in particolar modo per il recesso che segue la normativa societaria - secondo la dottrina prevalente, non può essere applicata per le *BGB-Gesellschaft*.

Il contratto deve prevedere anche l'obbligo di contribuzione, secondo cui ogni socio è obbligato ad apportare il suo contributo; in mancanza di tale vincolo, la società non viene ad esistere. Viceversa, la disciplina legale della GbR non presenta l'obbligo di deposito.

4.7.3 Lo scopo comune

Lo scopo comune ai sensi dell'art. 705 BGB può essere qualsiasi scopo lecito: la gestione in comune di un affare, una cooperazione, un investimento, una campagna pubblicitaria, un rischio comune, un processo, una serie di commesse etc.; la partecipazione di ogni socio ai vantaggi e alle prestazioni del rapporto societario non è indispensabile⁶²⁸.

Lo scopo comune distingue la *BGB-Gesellschaft* da un mero rapporto di scambio. Per definire comune lo scopo è necessaria la partecipazione del singolo aderente ai risultati dell'impresa e dunque ai suoi profitti. Parimenti i soci devono essere legati tra di loro per il raggiungimento degli stessi obiettivi, mentre non è obbligatorio che essi siano coinvolti nella stessa maniera. Per quanto riguarda lo scopo comune, nel diritto delle società di persone, bisogna distinguere le società con organizzazione societaria - in particolar modo quelle esterne - dove i *partner* si accordano su uno scopo che va al di là del loro individualismo, dalle società interne aventi ad oggetto la messa in comune degli scopi individuali dei partecipanti.

4.8 La costituzione della società e la partecipazione ad essa

⁶²⁷ BGHZ 1728-9.

⁶²⁸ Nella s.s. non è possibile escludere totalmente un socio dagli utili stante il divieto del patto leonino art 2265 cc.

La costituzione di una *BGB-Gesellschaft* può dar luogo ad un'ampia gamma di manifestazioni, che possono riguardare un mero rapporto obbligatorio (società interna) fino alla creazione di una società a rilevanza esterna soggetto autonomo di diritto rispetto ai suoi singoli partecipanti. In nessuna delle sue manifestazioni, la GbR necessita di una pubblicità nei pubblici registri. La *BGB-Gesellschaft* viene ad esistere con la stipula di un valido contratto societario, che può anche presentare una condizione sospensiva o risolutiva. Un accordo tra le parti che stabilisca l'efficacia retroattiva, in forza della quale la società si considera esistente già da prima della conclusione del contratto sociale, è possibile, ma produrrà effetti meramente obbligatori, limitati quindi alle parti.

Una GbR può essere costituita mediante trasformazione e per l'assenza dei requisiti di un'altra forma societaria. Nel primo caso, ai sensi dell'art. 191, comma 2, nr. 1 UmwG la *BGB-Gesellschaft* può essere il soggetto di destinazione di una trasformazione societaria, mentre nel secondo, maggiormente diffuso nella prassi essa rappresenta una società in accomandita semplice o una in nome collettivo (oHG o KG), le quali fino alla loro registrazione nei pubblici registri e nel caso in cui non abbiano ancora iniziato un'attività commerciale, sono a tutti gli effetti GbR. Nel caso in cui una oHG o una KG non sia registrata ma eserciti un'attività commerciale essa diventa *BGB-Gesellschaft* non appena finisce di attuare tali prestazioni, poiché, in tal modo cade il requisito impeditivo. Lo stesso vale anche se l'attività viene data in affitto ad un'altra società o quando se ne costituisca una collegata e non vi sia più la diretta gestione commerciale. La società è totalmente efficace anche laddove le parti non rispettino i requisiti di forma richiesti, poiché tale modello societario non prevede la nullità né il suo scioglimento per difetto di forma. Quando il contratto è destinato alla costituzione di una oHG o una KG, tale volontà può essere presa in considerazione per quanto riguarda la disciplina della direzione e della rappresentanza aziendale. Infine, una oHG o una KG che, mediante una mutazione dello scopo societario, vogliono diventare GbR lo potranno fare solo dopo l'avvenuta cancellazione dal registro delle imprese.

4.8.1 Acquisto e perdita della partecipazione societaria

Il carattere partecipativo ad una GbR si differenzia in base alle sue tipologie di manifestazione e ciò non deve meravigliare poiché, come visto, la *BGB-Gesellschaft* è una figura eterogenea ed occorre quindi distinguere bene tra partecipazione in una società a rilevanza interna o esterna e tra società organizzate come meri rapporti di scambio e quelle associative. Sebbene il legislatore, che vede la *BGB-Gesellschaft* come un rapporto di scambio, non definisce la stipula di una GbR come una partecipazione, disciplina negli artt. 706 e ss. BGB i diritti e gli obblighi societari e si preoccupa, mediante gli artt. 717 e 719 BGB, che i diritti e gli obblighi collegati alla partecipazione non siano separati da essa. La legge stabilisce che mediante la partecipazione al contratto - anche se essa sia successiva alla sua stipula - gli aderenti diventano soci e che all'inverso essi possano anche uscire dalla compagine sociale (art. 738, comma 1,

frase 1 BGB). Inoltre, ormai è riconosciuta anche la trasmissione della partecipazione, che però deve essere distinta rispetto alla sua validità nei confronti dei creditori.

L'entrata di un socio in una GbR già esistente veniva considerata dalla prassi come la conclusione di un contratto di società tra lo stesso e gli altri partecipanti, poiché si trattava di un ingresso di una nuova parte contrattuale in una società già esistente. Nel caso in cui vi sia un patrimonio comune, l'ingresso di un nuovo soggetto comporta la cd. *Abwachsung*. Il contratto societario può anche prevedere la subordinazione dell'entrata di un nuovo partecipante, al consenso del socio che dirige l'impresa⁶²⁹.

L'uscita da una GbR può avvenire mediante una previsione contrattuale, recesso del socio (soprattutto nelle società nelle quali è prevista una clausola di continuazione ai sensi dell'art. 736 BGB) o mediante esclusione (art. 737 BGB). Nel caso di una *BGB-Gesellschaft* a rilevanza esterna, l'uscita di un partecipante comporta la cd. *Anwachsung* (art. 738, comma 1, frase 1 BGB). Secondo gli artt. 738, comma 1, frase 2; 739 e 740 BGB al momento dell'uscita vi è un confronto con gli altri aderenti. La questione relativa alla clausola di liquidazione, rilevante soprattutto per le società commerciali, può porre determinati problemi, sebbene il BGH ha concesso la possibilità di una sua esclusione per quelle società con uno scopo prettamente idealistico. Per quanto riguarda, poi, le attività ancora in corso alle quali il socio uscente partecipa, si applica la disciplina dell'art. 740 BGB a meno che nel contratto non sia stabilito diversamente. Il recesso da una *BGB-Gesellschaft* di rilevanza interna comporta solamente lo scioglimento del rapporto di scambio mentre per quelle organizzate in forma associativa - anche se formate da due soci - bisogna stabilire chiaramente se la dichiarazione di recesso miri allo scioglimento, uscita o esclusione dalla società. Il recedente deve ben evidenziare le sue reali intenzioni, giacché la decisione in merito al fatto che il recesso raggiunga gli obiettivi effettivamente voluti è di competenza dei giudici. La differenziazione è stata ulteriormente complicata dalla modifica dell'HGB, infatti mentre l'art. 131, comma 3, nr. 3 HGB afferma che nei casi dubbi in una oHG la dichiarazione di recesso sia un motivo per l'uscita del socio, il legislatore ha previsto per il recesso nel caso in cui un socio maggiorenne voglia difendersi dalla responsabilità illimitata, lo scioglimento della GbR (art. 723, comma 1, nr. 3 BGB). L'incongruenza tra gli artt. 723 BGB e 131 HGB si motiva dalla molteplicità di manifestazione delle *BGB-Gesellschaft*. Nel caso in cui una società sia titolare di impresa, bisognerebbe, in analogia all'art. 131, comma 3, nr. 3 HGB considerare nei casi dubbi il recesso del socio come una modalità di uscita dalla società. L'esclusione di un partecipante per giusta causa è possibile in una GbR secondo l'art. 737 BGB solamente quando vi sia una clausola di continuazione della società tra i soci restanti. Anche per la GbR titolare di attività di impresa l'esclusione per giusta causa è possibile, applicando la disciplina dell'art. 140 HGB, poiché in questo caso bisogna proteggere gli interessi dell'impresa.

⁶²⁹ Cfr. L. WELLKAMP, *Risikobegrenzung in der Unternehmer-BGB-Gesellschaft*, in *NJW* 1993, 2715 ss.

La trasmissione della partecipazione è così come per le altre società di persone possibile solo quando prevista dal contratto e con il consenso di tutti gli altri soci. Nel caso in cui la società sia basata su un rapporto di scambio, la trasmissione viene definita come l'acquisto della posizione contrattuale, mentre per quelle a rilevanza esterna essa agisce come trasferimento di quote. Nel caso in cui la trasmissione non preveda un corrispettivo, essa non deve rispettare alcun vincolo di forma, poiché opera come una donazione. Infine, a seguito della trasmissione delle quote il patrimonio societario non subisce modifiche⁶³⁰.

La trasmissione della partecipazione deve essere differenziata rispetto agli effetti nei confronti dei creditori. Infatti, la problematica giuridica risiede nel fatto che non si parla delle condizioni necessarie al fine di escutere il patrimonio della società, bensì di come il creditore individuale di un socio possa agire sui diritti degli altri soci. In questo caso l'art. 851 ZPO stabilisce che sono trasmissibili e soggetti al pegno i diritti del socio riguardo al compenso della direzione della società, i profitti e la divisione delle quote di liquidazione nel caso di conflitto nella GbR.

Al fine di recedere dalla società e in tal maniera valutare la sua buonuscita, il creditore di un socio è legittimato ai sensi degli artt. 859 ZPO e 725 BGB a prendere in pegno la quota del patrimonio sociale di competenza del suo debitore. Il recesso deve essere dichiarato nei confronti di tutti i soci e nel caso in cui la dichiarazione sia svolta solo nei riguardi della direzione, bisogna darne comunicazione agli altri aderenti. Il testo normativo dell'art. 725 BGB si rivolge solamente alle cd. *Gesamthandsgesellschaften*, sebbene esso sia applicabile anche per le BGB-Gesellschaften interne. Una domanda dogmatico-giuridica consiste nel sapere se il pegno della quota prevista all'art. 859 ZPO sia da inquadrare come un pegno della partecipazione, dei diritti che da essa scaturiscono o della posizione globale del debitore. Il senso pratico dell'art. 725 BGB è però chiaro: il creditore di un socio prende in pegno ai sensi dell'art. 859 ZPO la quota del patrimonio di competenza del suo debitore e può recedere dal contratto societario in maniera tale da aggredire i suoi diritti patrimoniali. Il BGB attribuisce importanza agli effetti dello scioglimento in caso di risoluzione da parte del creditore; pertanto nella maggior parte dei formulari dei contratti prestampati vi è normalmente contenuta una disposizione per la quale il recesso ha conseguenze solamente sull'uscita e sulla liquidazione⁶³¹. Il recesso viene dichiarato nei confronti di tutti gli altri soci, a ma è sufficiente anche una singola dichiarazione nei confronti della società quando i soci ricevono una comunicazione che li mette a conoscenza. Nel caso in cui il creditore si sia fatto trasferire anche il diritto di pegno, egli può rivendicare la sua esecuzione nella discussione con gli altri.

In caso di successione, bisogna distinguere tra una società a rilevanza interna da quella esterna, oltretutto in entrambe bisogna decidere se la morte di un partecipante sciolga la società (art. 727 BGB) o se essa continui ad esistere. Nel caso di una GbR a rilevanza esterna, lo scioglimento comporta la sua

⁶³⁰ Sul tema v. A. WANDT, *Das Innenrecht der (teil-) rechtsfähigen BGB-Gesellschaft*, Berlin, 2009.

⁶³¹ Nell'ipotesi di una società con attività di impresa, questo è il caso generale (art. 131, comma 3, nr. 3 HGB).

liquidazione, mentre in quelle interne si applica la disciplina contenuta nell'art. 1922 BGB. Tuttavia in entrambi i casi, è possibile apporre clausole che consentano il proseguimento dell'esistenza della società.

4.9 Diritti ed obblighi dei soci

I soci sono vincolati ad apportare i loro contributi (art. 705 BGB), che possono consistere in denaro o in qualsiasi altro mezzo, come ad esempio prestazione determinate (cfr. art. 706, comma 3 BGB) o la messa a disposizione di beni per il loro utilizzo (art. 706, comma 2 BGB). Nel caso in cui si apportino beni utilizzabili o un valore di beni fino ad un determinato ammontare si suppone, anche nei casi dubbi, che tali contribuzioni siano a titolo di proprietà (art. 706, comma 2 BGB). La prestazione, strumento per il raggiungimento dello scopo ha - ma non obbligatoriamente - un valore patrimoniale.

Un obbligo successivo di apporto a carico dei soci, volto ad aumentare il contributo pattuito o ad integrare il capitale eventualmente ridotto da una perdita, non esiste (art. 707 BGB). In questo senso si parla del divieto di apportare pesi, viceversa, i soci non si possono avvalere di tale principio quando il contratto legittimamente preveda una clausola che autorizzi i pagamenti supplementari⁶³². Tale clausola deve prevedere la decisione a maggioranza dei soci, i quali sono obbligati ad integrare la loro quota solo dopo l'avvenuta votazione; per quanto concerne l'obbligo di ripianare le perdite durante la vita societaria, esso esiste solo se previsto espressamente dal contratto⁶³³. Secondo la legge, invece, le perdite sono coperte solamente nella fase della liquidazione per pareggiare i conti (artt. 735 e 739 BGB), mentre nel caso in cui un socio risponda nei confronti di un creditore sociale con la sua responsabilità personale illimitata può esperire un'azione di regresso sul patrimonio sociale (artt. 713 e 670 BGB) e⁶³⁴, nel caso in cui quest'ultimo sia incapiente, anche verso gli altri soci solidalmente responsabili (art. 426 BGB)⁶³⁵.

Un dovere aggiuntivo che spetta ai soci è quello di fedeltà. Ogni socio deve cooperare per il raggiungimento dello scopo, tenendo conto degli interessi della GbR e dei singoli partecipanti. Da tale obbligo possono nascere dei doveri di non *facere*, ad esempio divieto di concorrenza; o quello di un *facere*, quale ad esempio apportare una modifica al contratto; soggetto a tale dovere è in particolare - ma non esclusivamente - colui che dirige la società.

4.9.1 Il criterio di accuratezza

⁶³² Sul tema dei contributi successivi da apportare in una *BGB-Gesellschaft* v. H. WILDE, *Nachschusspflichten in KG und GbR*, in *NZG*, 2012, 215 ss.

⁶³³ Cfr. K. SCHMIDT, *Die Gesellschafterhaftung bei der GbR als gesetzliches Schuldverhältnis*, in *NJW*, 2003, 1897 ss.

⁶³⁴ A tal riguardo W. FLUME, *Die persönliche Haftung der Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft für deliktisches Handeln der geschäftsführenden Gesellschafter*, in *DB* 2003, 1775 ss.

⁶³⁵ Sul punto v. U. KORNBLUM, *Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften*, 1972.

Secondo l'art. 708 BGB un socio deve eseguire le prestazioni di sua competenza adoperando il criterio di accuratezza cd. *Sorgfalt*. Tale regola è da rispettare anche e soprattutto per la direzione della società, sebbene anche nei casi in cui essa sia concessa ad un soggetto esterno mediante contratto. Il principio dell'accuratezza, di origine romanistica, è omogeneamente diffuso, sebbene alcune legislazioni se ne allontanino. La valutazione dell'art. 708 BGB è stata soggetta a critiche, già nella fase precedente alla sua redazione, che ancora oggi non sono state sopite. Il legislatore aveva, tuttavia, le sue motivazioni per adottare una simile disciplina, infatti due punti di vista sono giudicati importanti per la limitazione di responsabilità. Il primo - al quale si è appoggiato il legislatore - secondo il quale i soci devono agire per quello che sono, il secondo affermato soprattutto da autorevole dottrina (Ulmer) secondo il quale ogni affare della società è allo stesso tempo una questione del singolo socio.

Nonostante queste due ipotesi, oggi la critica politico-giuridica prevale e per questo motivo, nel contratto, è consigliabile derogare espressamente all'art. 708 BGB. Nel caso singolo in cui sia necessaria una diminuzione della responsabilità, l'interpretazione contrattuale ha sicuramente maggiori pregi rispetto all'applicazione della disciplina legale. Al contrario, quando nessuna clausola derogativa viene adottata, trova applicazione il modello legale, che deve essere applicato dalla prassi giuridico-economica. Per una sua proficua comprensione, è necessario analizzare diversi approcci.

La giurisprudenza ha ridotto l'applicazione del principio sancito all'art. 708 BGB a pochi casi⁶³⁶. Alla parziale non applicazione dell'art. 708 BGB arrivò dapprima una controversa sentenza del *Reichsgericht*, secondo il cui giudizio in caso di colposo superamento dei poteri di direzione, il soggetto poteva essere responsabile in base alla disciplina della direzione senza mandato. Se si sostituisce la motivazione al problema con la riduzione teologica dell'art. 708 BGB, la soluzione adottata dal *Reichsgericht* appare plausibile. In letteratura viene addirittura sostenuta la tesi che l'art. 708 BGB sia valido per la realizzazione dello scopo societario e non per i doveri di protezione, quelli accessori e le loro violazioni.

Ad una modalità pratica e dogmatica per la riduzione del campo applicativo dell'art. 708 BGB si arriva se la disciplina ivi contenuta, viene intesa solamente come regola interpretativa. La riduzione teologica dell'art. 708 sembra offerta in chiave politico-giuridica ed è lecita anche secondo la volontà delle parti. Il contenuto della normativa si applicherebbe anche se essa non ci fosse: quando i soci - con le parole dell'articolato del BGB - agiscono per quello che sono, si è in presenza, nell'interpretazione contrattuale, di un'accettazione implicita della limitazione della responsabilità⁶³⁷. Il legislatore vide tale caso come quello normale e nei fatti così ci si può comportare. Una volontà di questo tipo si manifesta soprattutto nella vita di tutti i giorni, poiché lì dove siano sopportati rischi in comune - come ad esempio in una gara sportiva o nella partecipazione ad una spedizione o nel gioco al lotto - possono manifestarsi dei danni non prevedibili riconducibili ad una leggera negligenza, che poi devono essere

⁶³⁶ A tal proposito H. BRANDES, *Die Rechtsprechung des BGH zur Personengesellschaft*, in *WM* 1989, 1357 ss.

⁶³⁷ Così H. GUMMERT, *Zur Zulässigkeit einseitiger Haftungsbeschränkung auf das Vermögen der BGB-Außengesellschaft*, in *ZIP*, 1993, 1063 ss.

sopportati da tutti gli aderenti. Nel settore delle imprese non si tratta di comprendere quale leggera negligenza sia lasciata al singolo socio, bensì quali rischi i soci vogliono mettere in comune⁶³⁸. Se si riduce l'art. 708 BGB ad un provvedimento di interpretazione, si arriva così a risultati corretti anche secondo la legge vigente, altrimenti ci si potrebbe trovare davanti a casi dubbi dove la limitazione di responsabilità è necessaria.

4.9.2 I diritti partecipativi dei soci

La direzione societaria è da ricondurre anche nei casi dubbi, ai sensi dell'art. 709, comma 1 BGB ai soci nel loro complesso, quindi, per ogni negozio, in questo caso è necessario l'accordo di ogni partecipante. Nel caso in cui i soci si mettano d'accordo nell'utilizzare il voto a maggioranza, esso si intende per teste (art. 709, comma 2 BGB). Il principio dell'unanimità è di difficile applicazione nelle società costituite in modalità associativa, ma è necessario ricordarsi che il legislatore ha redatto la disciplina in questo senso, anche considerando le società occasionali e limitate nel tempo. Il contratto societario può derogare tale regola e nella prassi quasi sempre avviene così. Si può prevedere che la direzione societaria spetti ad un unico socio o ad un gruppo di essi (cfr. regola interpretativa dell'art. 710 BGB). Se il potere spetta ad un solo socio, gli altri hanno un diritto di obiezione (così come stabilito dall'art. 711), ma anche qui la disciplina legale può essere modificata dalle disposizioni contrattuali. Nelle società costituite come oHG o KG che però non rispettano il requisito dell'iscrizione e che sono quindi GbR, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che nel diritto interno trovano applicazione le disposizioni previste per le oHG o le KG⁶³⁹. Lo stesso vale, secondo la giurisprudenza⁶⁴⁰, anche per le GbR titolari di attività di impresa che applicano in analogia l'art. 115 HGB. Il socio si può liberare dei compiti di direzione, in presenza di giusta causa, attraverso una dichiarazione unilaterale nei confronti degli altri soci (art. 712, comma 2 BGB). La legge parla di un recesso da parte del socio che ha assunto la direzione, sebbene essa intenda solamente la rinuncia a tale compito. Nel caso di giusta causa - in particolare quando ci sono gravi violazioni da parte del direttore o quando si scopre la sua incapacità - lo si può privare dei suoi poteri mediante una decisione dei soci (art. 712, comma 1 BGB). Gli obblighi e i diritti da tale rapporto derivano dal contratto di mandato (art. 713 BGB). I compiti di direzione devono essere svolti nei casi dubbi personalmente (art. 664 BGB), il direttore può derogare dagli ordini impartiti dalla proprietà, solo rispettando i requisiti dell'art. 665 BGB; inoltre, loro compito è quello di fornire informazione e rendiconti ai soci e hanno, ai sensi degli artt. 669 e 670 BGB, diritto agli anticipi sulle spese o il rimborso delle spese già intercorse. Una

⁶³⁸ Ad esempio chi in una società familiare affida previo un piccolo corrispettivo l'intera amministrazione della società ad un parente, il quale si troverà a gestire un'ampia sfera di poteri, mentre un manager professionale di una società strutturata beneficia esclusivamente della fiducia, sebbene sia responsabile totalmente delle azioni da lui compiute.

⁶³⁹ Così L. HINTSCH, N. HORN, *Das Vertragsrecht der internationalen Konsortialkredite und Projektfinanzierungen*, Berlino, 1985.

⁶⁴⁰ Cfr. U. FISCHER, *Die Rechtsprechung des BGH zur stillen und zur bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft*, in *WM*, 1975, 1114 ss.

remunerazione dei compiti dirigenziali, invece, non è prevista. Al contrario, l'art. 733, comma 2, frase 3 BGB prevede che tali attività costituiscono in parte o totalmente l'obbligo di contribuzione del socio. Anche quando al socio direttore spetti una somma, è da verificare se essa sia effettivamente un guadagno o solamente un anticipo dei futuri profitti⁶⁴¹.

La formazione della volontà mediante decisioni della *BGB-Gesellschaft* non è adeguatamente disciplinata dal BGB⁶⁴². La motivazione risiede nel modello legale della gestione comune della società (art. 709 BGB). Quando tutti i soci partecipano in comune alla direzione, non vi è nessuna differenza tra essa e le decisioni dei soci; da questo deriva la mancanza di necessità di regolamentazione per tale aspetto; in aggiunta, in caso di gestione unitaria, agli altri soci spetta sempre il diritto di obiezione ai sensi dell'art. 711 BGB. Il contratto può derogare a tale disciplina prevedendo la gestione unitaria della società - in particolare per quelle di grandi dimensioni - e non la decisione unanime di ogni partecipante, ponendo la direzione societaria su un piano più elevato (in genere, così avviene nelle ARGE). Anche altri modelli societari di GbR possono essere organizzati in tal maniera, cosicché la direzione viene nominata in base ad una decisione assembleare⁶⁴³. Per chiarire il procedimento, il contratto può prevedere una clausola sulle decisioni dei soci, secondo la quale i soci decidono a maggioranza e quest'ultima viene calcolata in base alle quote possedute da ognuno, lasciando alcune decisioni - le più rilevanti - al criterio dell'unanimità⁶⁴⁴.

Il diritto di informazione dei soci è regolamentato nell'art. 716 BGB, secondo il quale un socio, sebbene non sia membro della direzione, ha il diritto di chiedere chiarimenti e di controllare personalmente i libri contabili e i documenti della *BGB-Gesellschaft* per avere il quadro della situazione patrimoniale di essa⁶⁴⁵. La disciplina appare, tuttavia, così come quella dell'art. 118 HGB, non più attuale e limitativa, giacché sembra permettere il diritto di visione ma non quello di chiedere chiarimenti. Nonostante tale disciplina legale, il diritto di chiarimenti è previsto anche per le società di persone; esso non deve essere però dedotto in analogia dall'art. 51 GmbHG, ma bensì condotto all'istituto generale dei diritti di partecipazione, pertanto il diritto di ottenere chiarimenti è una parte fondante di quello all'informazione⁶⁴⁶.

L'*actio pro socio* è possibile per il socio secondo le regole generali; egli può esercitare i diritti che gli derivano dalla partecipazione alla società contro gli altri membri vincolati dal legame contrattuale, a

⁶⁴¹ Tale assunto legislativo ha carattere dispositivo, infatti, i partecipanti possono stabilire differentemente nel contratto societario.

⁶⁴² Sul tema S. HABERMEIER, *Grundfragen des Gesellschaftsrechts*, in *JuS* 1998, 865 ss.

⁶⁴³ La disciplina in materia delle decisioni societarie sono state analizzate da P.O. MÜLBERT, G. GRAMSE, *Gesellschafterbeschlüsse bei der rechtsfähigen Personengesellschaft*, in *WM*, 2002, 2085 ss.

⁶⁴⁴ In caso di errori nelle decisioni, le parti possono adottare le richieste di accertamento e non di annullamento. Una istituzionalizzazione di una richiesta di annullamento nei confronti di una decisione di una GbR è ammissibile per l'accettazione del principio della soggettività processuale, tuttavia nella prassi tale procedimento non trova seguito.

⁶⁴⁵ L'art. 716, comma 2 BGB è inderogabile nel senso che al socio non può essere sottratto tale diritto nel caso in cui egli abbia il sospetto di un comportamento disonesto della direzione.

⁶⁴⁶ Sull'esercizio dei diritti partecipativi dei soci v. H.P. WESTERMANN, *Die Verteidigung von Mitgliedschaftsrechten in der Personengesellschaft*, in *NZG*, 2012, 1121 ss.

meno che tali diritti non siano esercitati direttamente dalla società. A tale categoria appartengono soprattutto la rivendicazione all'esecuzione della prestazione e quella al risarcimento dei danni causati dalla violazione degli obblighi di direzione. Da non confondere con le rivendicazioni all'interno della società, sono quelle verso l'esterno. In questo caso la domanda giuridica rilevante consiste nel sapere a chi spetta la rivendicazione dei diritti e se i soci possono farli valere singolarmente⁶⁴⁷. Un'altra domanda consiste nella possibilità che i soci nominino una persona che possa esercitare il diritto di rivendicazione a loro nome. A tal fine la procura è senz'altro possibile, ma non conduce ad un'azione processuale a loro nome; per oltrepassare tale difficoltà, prima che la sentenza del 2001 eliminò ogni dubbio, era utilizzata la cd. figura della *gewillkürte Prozeßstandschaft*, che riconosciuta dalla prassi, concedeva la possibilità ad un terzo di esercitare una rivendicazione di una prestazione altrui a proprio nome, quando essa giova ad un proprio interesse giuridico⁶⁴⁸.

4.9.3 I diritti patrimoniali dei soci

I diritti patrimoniali dei soci non devono essere confusi con la disponibilità materiale degli oggetti, valutabili economicamente, necessari al raggiungimento dello scopo sociale. Essi dipendono dalla struttura patrimoniale della società e dai seguenti interrogativi:

- Ci si trova in presenza di una società a rilevanza interna o esterna? Solo nel secondo caso, è possibile parlare correttamente di patrimonio societario, poiché quest'ultimo, nell'altro caso, costituisce solamente una massa comune dei soci; ciò vale anche quando i partecipanti, per raggiungere uno scopo comune, giustificano la comproprietà di ogni singola cosa.
- Quali sono i beni patrimoniali apportati nel patrimonio sociale di una GbR esterna? Questi beni - e solo essi - costituiscono il patrimonio sociale da gestire in maniera separata rispetto a quelli dei singoli soci.
- Per i soci sono stati aperti dei conti correnti nei quali le singole quote possono essere documentate?

I diritti patrimoniali più importanti sono quelli che riguardano la distribuzione degli utili e la somma che residua dalla liquidazione della società o dall'uscita da essa⁶⁴⁹. Le perdite e gli utili, se non previsto diversamente, sono divisi ai sensi dell'art. 722 BGB in parti uguali; tuttavia nella quasi totalità dei casi le parti derogano tale principio. Nel caso in cui la GbR sia titolare di attività d'impresa, il contratto dovrà contenere obbligatoriamente una clausola che disciplini la divisione degli utili o perdite così come quella dei diritti di prelievo. Nel caso in cui essa non fosse prevista, sono da applicare (secondo la

⁶⁴⁷ A seguito della sentenza fondamentale del 2001 che ha riconosciuto, tra l'altro, la soggettività processuale della società, solo a quest'ultima spetta tale diritto.

⁶⁴⁸ Sulla modalità di svolgimento di un processo ad una GbR v. W. LÜKE, *Prozeßführung bei Streitigkeiten im Innenverhältnis der BGB-Gesellschaft*, in ZGR, 1994, 296 ss.

⁶⁴⁹ Cfr. A. KOWALSKI, *Zur Bereicherungshaftung in Gesellschaften bürgerlichen Rechts*, in NJW 1991, 3183 ss.

dottrina maggioritaria) le previsioni normative degli artt. 120 e ss. HGB. Nelle *BGB-Gesellschaft* di questo tipo, bisogna anche redigere ed approvare il bilancio annuale; tuttavia, la disciplina affermata nel BGB per la contabilità dell'impresa differisce totalmente, poiché si rivolge a quel modello societario basato su un rapporto di scambio con o senza patrimonio comune. L'art. 721, comma 1 BGB, infatti, prevede che un socio, in una società occasionale, possa richiedere un resoconto contabile solo dopo lo scioglimento della società, mentre nel caso in cui quest'ultima sia di durata maggiore, è possibile ottenere la sua situazione patrimoniale al termine di ogni anno (art. 721, comma 2 BGB). Dall'art. 733 BGB, invece, si evince il diritto all'ottenimento delle somme residue *post* liquidazione.

L'art. 717, frase 2 statuisce che il diritto di un socio alla distribuzione degli utili e quello alla somma che residua dalla liquidazione della società siano trasmissibili; da ciò ne deriva che essi sono anche cedibili in pegno (art. 1274, comma 2 BGB) o pignorabili (art. 851 ZPO). Tuttavia, il diritto alla somma residua è esercitabile solamente nel caso di scioglimento della GbR; per questo motivo, al fine della sua utilizzazione il creditore del socio, ai sensi degli artt. 859 ZPO e 725 BGB, prende in pegno la quota di patrimonio sociale del socio e allo stesso tempo recede dalla *BGB-Gesellschaft*. Tale decisione da parte del creditore non necessita la comunicazione ad ogni socio, bensì è sufficiente la notifica a colui che dirige la società. Nel caso in cui al patrimonio sociale appartenga anche un immobile, l'esecuzione della quota resta di tipo mobiliare, l'*OLG Hamm* ha, in merito ad un caso di questo tipo, affermato che il pegno non deve essere nemmeno annotato nel registro immobiliare⁶⁵⁰.

4.10 Il patrimonio societario

Di patrimonio societario in una *BGB-Gesellschaft*⁶⁵¹, bisognerebbe parlarne solo quando essa sia costituita come società a rilevanza esterna e con un fondo autonomo. I soci di una GbR possono anche assegnare dei beni allo scopo comune senza che costituiscano il patrimonio societario; i partecipanti, infatti, possono disporre di tali beni in comproprietà (artt. 741 e ss. e 1008 e ss. BGB) beneficiandone solo in parte. I soci possono anche mettere a disposizione i beni solamente per il loro utilizzo, senza il trasferimento del diritto di proprietà⁶⁵². Il patrimonio societario, identificato dal legislatore come comune, appartiene, secondo la dottrina prevalente, non ai singoli partecipanti, bensì alla società.

⁶⁵⁰ Fino a quando la soggettività processuale della *BGB-Gesellschaft* non era ancora riconosciuta espressamente, i procedimenti giudiziari per i rapporti interni alla società (quali ad esempio: i doveri di contribuzione, di prestazione e le decisioni dei soci) erano processi tra gli stessi soci. La giurisprudenza, tuttavia, sebbene abbia riconosciuto la soggettività della GbR non ha modificato nei fatti l'esecuzione di tali procedimenti; in genere si tratta di richieste di accertamento alle quali i soci sono chiamati, ma rientrano in questi casi anche le rivendicazioni sulle prestazioni, in particolare per quanto riguarda le *actio pro socio*.

⁶⁵¹ La disciplina nella GbR del patrimonio è stata trattata da W. FLUME, *Das „Halten und Verwalten“ eines Vermögens oder Vermögensgegenstandes als BGB-Gesellschaft in zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht*, in DB 1973, 2470 ss.

⁶⁵² Questi casi, che mostrano come sia possibile per la società disporre di beni che non formano il suo patrimonio, sono molto diffusi nella prassi, poiché spesso dalle GbR derivano solamente rapporti di scambio. Nella realtà imprenditoriale non è sempre facile stabilire a chi appartengono, effettivamente, i beni mobili.

Dei beni societari può disporre solamente la GbR (nella teoria classica, invece, i soci nella loro totalità), mentre non è così per il singolo, anche quando la rappresenti, perché in quel caso agisce per lei e non per se stesso. Ai sensi dell'art. 719, comma 1 BGB ogni partecipante non può usufruire nemmeno della sua quota e dei relativi beni patrimoniali. La dottrina tradizionale include anche il divieto di cessione da parte di un socio come conseguenza del vincolo di comunione del patrimonio comune. Viceversa, nel caso in cui la società si identifichi direttamente come titolare del patrimonio, non è necessario il divieto di trasmissione e l'art. 719, comma 1 BGB si applica solamente come una chiarificazione normativa non riuscita, poiché esso prevede solamente che i soci in *Bruchteil* possono disporre dei singoli beni patrimoniali ma non ne hanno la proprietà.

Per l'esecuzione del patrimonio societario, l'art. 736 ZPO richiede l'emissione di una sentenza nei confronti di tutti i soci⁶⁵³. Tale previsione normativa fa da contraltare a quella posta all'art. 719 BGB secondo il quale, così come i soci possono disporre limitatamente del patrimonio sociale, così i creditori individuali dei soci possono attaccare quest'ultimo⁶⁵⁴.

L'art. 718, comma 1 BGB afferma che i contributi dei soci - ovvero i depositi in denaro - e i beni acquisiti dalla direzione della società entrano a far parte del patrimonio. Per quanto concerne tale operazione, il testo normativo non chiarisce se la trasmissione necessiti l'evidenza di una prova o meno.

Anzitutto l'acquisto fatto dalla direzione entra nel patrimonio se necessario per la realizzazione dello scopo comune, non è rilevante, invece se a chi spetta la direzione agisca in nome proprio o spendendo quello della società. Tuttavia, ciò sarebbe incompatibile con i fondamenti giuridici del diritto privato.

Per questo motivo l'acquisto dei beni deve essere compiuto in maniera riconoscibile, poiché solo così è possibile delineare la differenza tra proprietà del singolo (ovvero il semplice mettere a disposizione, senza trasferimento della proprietà) dalla comproprietà o vero ingresso nel patrimonio della società. Il testo normativo dell'art. 718, comma 1 BGB risulta, dunque, poco chiaro e da tale motivo si evince perché la norma di tutela della fiducia posta all'art. 720 BGB abbia solo un minimo significato.

Secondo l'art. 718, comma 2 BGB la surrogazione fa diventare i beni automaticamente parte del patrimonio societario (surrogazione materiale). Nel caso in cui si identificasse - così come appare corretto - il patrimonio di titolarità della società e non dei singoli aderenti, la surrogazione opererebbe da sé; per questo motivo oggi tale provvedimento normativo, che si basa ancora sulla tesi della dottrina tradizionale, appare non più necessario⁶⁵⁵.

⁶⁵³ Sul tema, C. PAULUS, *Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Schuldner und Drittschuldner*, in *DGVZ*, 1992, 65 ss.

⁶⁵⁴ L'art. 736 ZPO si basa sulla premessa che la sentenza non possa essere rivolta alla società, non riconoscendo la sua soggettività processuale. Tuttavia, la sentenza del 2001 ha mutato il quadro di riferimento, rendendo possibile per chi ha un titolo idoneo l'esecuzione del patrimonio societario. Sulla disciplina precedente v. U. HÜFFER, *Die Gesamthandsgesellschaft in Prozeß, Zwangsvollstreckung und Konkurs*, in *FS Stimpel* 1985, 165 ss.

⁶⁵⁵ La surrogazione materiale posta all'art. 718, comma 2 BGB fa apparire la realtà in maniera più complessa di quella effettiva. Ad esempio per essa non è sufficiente l'acquisto di un bene con i mezzi finanziari della società (cfr. artt. 2019, 2111

4.11 Scioglimento e fine della società

La società viene sciolta quando:

- Sia oltrepassato il limite di durata se esso fosse stato previsto;
- Si raggiunga lo scopo che le parti avevano pattuito, o sopraggiunga la sua impossibilità (art. 726 BGB);
- Sia previsto dal contratto o se i soci decidono in tal maniera;
- Si apra una procedura di insolvenza sul patrimonio della società a rilevanza esterna (art. 728, comma 1 BGB)⁶⁵⁶;
- Muoia un socio, a meno che il contratto non stabilisca diversamente (art. 727, comma 1 BGB);
- Si apra una procedura di insolvenza sul patrimonio di un socio (art. 728, comma 2 BGB);
- Un partecipante receda dalla società (artt. 723 e ss. BGB).

Il decorso del termine ha una rilevanza maggiore nelle GbR piuttosto che nelle società commerciali, poiché spesso, in particolare per quelle a rilevanza interna, le parti si accordano per una durata predeterminata dell'impresa⁶⁵⁷.

Il raggiungimento dello scopo (art. 726 BGB) è causa rilevante di scioglimento per quelle società costituite per realizzare un unico progetto, in genere a rilevanza interna; infatti, esso non parla di scioglimento della società ma della sua fine. Raro è il caso dello scioglimento per impossibilità sopravvenuta dello scopo⁶⁵⁸.

Lo scioglimento della società mediante delibera dei soci non pone problemi particolari se non il rispetto del dovere di fedeltà nei confronti dell'impresa comune da parte di ogni partecipante al contratto. Quando esso è dovuto all'insolvenza dell'impresa (art. 728, comma 1 BGB), si applica una nuova disciplina basata sull'art. 11 InsO e sulla ormai riconosciuta soggettività giuridica della GbR a rilevanza esterna.

La morte di un socio è ai sensi dell'art. 727, comma 1 BGB un motivo legale di scioglimento, sebbene le parti possano derogare ad esso. A differenza della disciplina sancita all'art. 131, comma 3, nr. 1 HGB che prevede l'ingresso degli eredi, il dettato normativo del BGB prevede l'estinzione della società. Il contratto può contenere una clausola di continuazione, (art. 736 BGB) ma anche una di ingresso per gli eredi al posto del *de cuius*.

BGB), bensì è necessaria anche la trasmissione giuridicamente corretta di un bene, così come si evince anche dai fondamenti del diritto privato, ovvero che le parti agiscano in nome della *BGB-Gesellschaft*. In particolare, gli importi ricavati dalla vendita dei beni sociali non rientrano automaticamente nel patrimonio della GbR.

⁶⁵⁶ Sulla disciplina di diritto fallimentare v. D. NEUMANN, *Der Konkurs der BGB-Gesellschaft*, Bielefeld, 1986.

⁶⁵⁷ Cfr. F. LANG, K. MULANSKY, T. MULANSKY, *Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, Stoccarda, 2010.

⁶⁵⁸ Secondo RGZ 164, 129, 142 essa deve essere facilmente riconoscibile per essere collegata allo scioglimento della società, poiché normalmente la presenza di ostacoli al raggiungimento dello scopo motiva generalmente il recesso e per la protezione degli effetti sul mercato non è sufficiente ad un automatico scioglimento del vincolo societario.

L'apertura di una procedura di insolvenza sul patrimonio di un socio scioglie la società (art. 728, comma 2 BGB), così come nel diritto di recesso disciplinato all'art. 725 BGB, lo scioglimento permette l'accesso alla quota del patrimonio da parte del creditore. Anche in questo caso è possibile l'apposizione di una clausola di continuazione (art. 736 BGB). In una società che svolga attività d'impresa si applica in analogia l'art. 131, comma 2, nr. 2 HGB. Il diritto di recesso, disciplinato in maniera dubbia e complessa agli artt. 723 e ss. BGB, oltre a spettare al socio, è esercitabile anche dal creditore pignoratizio.

L'art. 723, comma 1, frase 1 BGB afferma che da una società, costituita senza limiti temporali, si possa recedere in qualsiasi momento; lo stesso vale, ai sensi dell'art. 724 BGB, anche per una società che continui tacitamente ad esistere nonostante il limite temporale sia già scaduto. Tale disposizione è inderogabile (art. 723, comma 3 BGB), ovvero il recesso non può essere dichiarato al di fuori dei tempi e modalità previste, così come stabilito dall'art. 723, comma 2, frase 1 BGB. Una violazione di questa norma non comporta la sua invalidità, ma solamente l'obbligo di risarcimento del danno arrecato agli altri soci (art. 723, comma 2, frase 2 BGB). Solo quando la società è costituita con una durata determinata il recesso non è possibile, a meno che non sopraggiunga una giusta causa. In sintesi, la società che non abbia una durata pre-concordata è sempre soggetta al rischio di scioglimento, dunque, nella prassi si è soliti specificare il termine di durata e le modalità per l'esercizio del recesso. Nel caso in cui si stabilisca una durata di vita eccessivamente lunga - e lo stesso valga per i tempi di preavviso o per le modalità per l'esercizio del recesso - tali pattuizioni saranno affette da nullità ai sensi del controverso⁶⁵⁹ art. 723, comma 3 BGB e si applicherà la disciplina legale posta agli artt. 132-134 HGB.

Dal recesso ordinario bisogna distinguere quello straordinario, previsto dall'art. 723, comma 1, frase 2 BGB quando l'esecuzione degli obblighi principali diventa impossibile o quando un socio vuole recedere per giusta causa, o quando il socio ha concluso il suo diciottesimo anno di vita.

Solamente il recesso risolutivo ha conseguenze sullo scioglimento, mentre quello che porta all'uscita del socio o alla sua esclusione conduce alla continuazione della società tra i partecipanti residui o nel caso in cui dovesse rimanere uno solo, ciò conduce alla divisione del patrimonio e alla cancellazione della società.

4.12 Il diritto esterno della *BGB-Gesellschaft*: società interne, *Gesamthandsgemeinschaft* e società titolare di attività di impresa

La disciplina dei rapporti esterni delle GbR appare poco chiara, per questo motivo numerosi sono gli interventi della giurisprudenza che è dovuta intervenire anche in situazioni che sarebbero state

⁶⁵⁹ Dal punto di vista politico-giuridico l'art. 723, comma 3 rappresenta un fallimento, poiché solamente il recesso per giusta causa dovrebbe essere immodificabile. Bisogna poi considerare che l'art. 723 BGB ben si adatta ad una visione della società come mero rapporto di scambio, mentre è di difficile applicazione per la società organizzata in maniera associativa che svolge attività d'impresa, poiché la previsione di una durata determinata si scontra con la continuità degli affari aziendali.

facilmente deducibili dalla legge nel caso di oHG o KG. Primo interrogativo da porsi riguarda l'unitarietà della figura, infatti a causa dell'ampia flessibilità, il modello rischia di spezzettarsi in una pluralità di forme giuridiche; oltre alle società a rilevanza prettamente interna e a quelle esterne esistono figure intermedie, fra le quali grande rilevanza assume la *Gesamthandsgemeinschaft*, la quale è una società a rilevanza esterna ma caratterizzata dalla mancanza di organi societari.

Il significato delle tipologie di manifestazione delle GbR si lascia ben delineare dai rapporti di responsabilità che da esse sorgono. Una società interna non può avere rapporti all'esterno. Ciò è facilmente intuitivo, poiché con tale definizione si identificano le imprese che agiscono solo all'interno e senza manifestarsi verso i terzi. Un modello negoziale di questo tipo può, secondo parte della dottrina, anche agire sul mercato ma non come società e dunque soggetto giuridico autonomo ed indipendente dai suoi membri. Questo non esclude - ma nemmeno obbliga - che i soci possano operare con i terzi in maniera solidaristica. Nel caso in cui una società interna non si manifesti sul mercato, sorgono problemi di responsabilità basati sul diritto contrattuale e non su quello societario, ovvero, potrebbe verificarsi che un socio agisca a proprio nome per gli interessi della società, ma è anche possibile che tutti i soci di una società a rilevanza interna agiscano insieme verso l'esterno. In questo caso essi saranno solidalmente responsabili, mentre è escluso un coinvolgimento della società. Tale principio si dimostra facilmente nella conclusione del contratto: se agiscono tutti, essi contraggono a loro nome e certamente non con quello della società, mentre nel caso in cui solo uno agisca, bisogna interrogarsi se egli agisca solo a proprio nome (ma per l'interesse di tutti) o in nome di tutti. Nel caso in cui agisca in nome di tutti i partecipanti, bisogna successivamente domandarsi anche se risponde in maniera solidale su tutto l'ammontare o solo sulla sua quota.

Tali considerazioni dimostrano come i profili di responsabilità in una società interna non seguono i principi del diritto societario, che invece opera solo nei rapporti tra i singoli soci. Questo perché i rapporti giuridici con i terzi non costituiscono attività della società, bensì dei singoli soci e dunque si applica la disciplina del diritto privato comune⁶⁶⁰.

Totalmente differente è, invece, il caso della società a rilevanza esterna, la quale opera come soggetto giuridico autonomo sul mercato indipendentemente dai membri che la compongono. Tale regola, tuttavia, non è inderogabile e spesso i singoli soci agiscono come persone fisiche per gli interessi societari, ciò accade in particolar modo per la *Gesamthandsgemeinschaft*⁶⁶¹.

La GbR titolare di attività d'impresa agisce sempre quale soggetto giuridico autonomo sul mercato, rappresentando il modello tipico di una società di persone⁶⁶². In questo caso le società dispongono di

⁶⁶⁰ V. K. M. HINGST, *Die societas leonina in der europäischen Privatrechtsgeschichte*, Berlino, 2003.

⁶⁶¹ Sul tema v. M.E. MANN, *Zur kollektiven Durchsetzung von Ansprüchen geschädigter Kapitalanleger mittels BGB-Gesellschaften*, in ZIP 2011, 2393 ss.

⁶⁶² Tale visione, già sostenuta da parte della dottrina, è stata definitivamente accettata in seguito alla più volte menzionata sentenza del 2001 che l'ha riconosciuta soggetto giuridico indipendente.

un patrimonio sul quale i creditori possono rivalersi; solo nel caso di sua incapacienza, essi possono aggredire il patrimonio personale dei partecipanti.

L'identità della società si fonda sulla sua denominazione. Tuttavia, il legislatore non ha fornito nessuna disciplina su tale profilo; per questo motivo, le parti - se interessate - devono integrare gli accordi contrattuali anche relativamente a questo elemento. Generalmente, le GbR titolari di attività di impresa sono sempre dotate di una denominazione.

4.13 Il diritto esterno di una *BGB-Gesellschaft*

4.13.1 La società quale soggetto giuridico, creditore, debitore

La *BGB-Gesellschaft* a rilevanza esterna è titolare di propri diritti ed obblighi, costituendo un soggetto giuridico autonomo, ma non è una persona giuridica⁶⁶³. Essa può essere proprietaria anche di immobili; tuttavia, solo dal punto di vista formale, poiché la prassi consolidata richiede, rifacendosi all'art. 47 GBO, l'iscrizione di tutti i soci con l'aggiunta "riuniti in una GbR". Tale consuetudine non è motivata da un principio giuridico del diritto immobiliare⁶⁶⁴, bensì dalle esigenze degli adempimenti pubblicitari, i quali sarebbero adempiuti solo parzialmente nel caso in cui si indichi la *BGB-Gesellschaft* come proprietario e non i singoli soci, poiché non esiste la pubblicità dell'oggetto senza quella del soggetto e quest'ultima in una GbR manca. Essa, infatti, sebbene possa esistere per un lungo periodo, non è sottoposta all'obbligo pubblicitario. La sua esistenza, estinzione ingresso o uscita dei soci non rilevano per il catasto⁶⁶⁵.

Dal punto di vista del diritto reale, i beni restano di proprietà della società e non dei singoli partecipanti e, nel caso in cui si modifichino i rapporti di partecipazione, solo la denominazione della società deve essere rettificata. L'iscrizione della *BGB-Gesellschaft* con la sua propria denominazione non è né sufficiente né obbligatoria poiché le parti non sono vincolate alla scelta di un nome neanche quando i partecipanti abbiano stipulato più GbR, poiché per il diritto materiale la proprietà delle singole GbR sono separate tra loro. Nel caso in cui tra la domanda d'iscrizione e la sua accettazione entri un nuovo soggetto, egli non deve ripetere la pratica dell'annotazione, perché già autorizzata per gli altri soci, ma deve essere iscritto nel registro immobiliare perché il suo ingresso deve essere documentato⁶⁶⁶.

⁶⁶³ Sulla definizione del termine Persona giuridica nell'ordinamento tedesco v. T. RAISER, *Der Begriff der juristischen Person. Eine Neubestimmung*, in *AcP* 199, 1999, 104 ss.; ID., *Gesamthand und juristische Person im Licht des neuen Umwandlungsrechts*, in *AcP* 194, 1994, 495 ss.

⁶⁶⁴ Sulla disciplina in tema di registrazione immobiliare v. M. KRAFT, *Die Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, Amburgo, 2012.

⁶⁶⁵ L'iscrizione avviene, dunque, con l'aggiunta del suffisso "riuniti in una GbR".

⁶⁶⁶ Quando i soci vogliono risparmiarsi la pratica dell'iscrizione di tutti i partecipanti possono iscrivere la società in quanto tale, costituendo una oHG o KG ai sensi dell'art. 105, comma 2 HGB.

La soggettività giuridica della *BGB-Gesellschaft* a rilevanza esterna non si limita alla capacità di essere proprietaria di beni mobili ed immobili⁶⁶⁷, bensì va oltre: la GbR, infatti, è titolare autonoma di diritti ed obblighi quali ad esempio, la possibilità di creare un proprio marchio ai sensi dell'art. 7, nr. 3 MarkenG, di aderire ad un'associazione, cooperativa⁶⁶⁸, società per azioni, s.r.l., società di persone o anche ad un'altra *BGB-Gesellschaft*⁶⁶⁹. Nel caso in cui per l'ingresso si richieda la registrazione, ad esempio presso l'ufficio brevetti, o nel registro commerciale, così come avviene per quello immobiliare, è necessario indicare il nome di ogni partecipante con la dicitura "riuniti in una GbR"⁶⁷⁰. Il legislatore ha introdotto tale principio modificando l'art. 162 HGB, il cui comma 1, frase 2 afferma che nel caso in cui una *BGB-Gesellschaft* sia il socio accomandante (*Kommandist*), è necessario indicare il nome di tutti i soci come previsto dall'art. 106, comma 2 e le modifiche successive della composizione societaria.

La *BGB-Gesellschaft* a rilevanza esterna può anche essere titolare di rapporti di debito e credito; la teoria secondo la quale tali obbligazioni sono a carico dei soci in comunione appare ormai superata e per questo motivo titolare di tali rapporti è la società stessa⁶⁷¹. Ciò vale, oltre che per i rapporti nascenti dal contratto, anche per quelli legali.

4.13.2 I negozi giuridici della società

La *BGB-Gesellschaft* a rilevanza esterna, oltre ad essere titolare di propri diritti ed obblighi, può anche essere dotata di un rappresentante, come si può dedurre dalla sentenza BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056. Il risultato di questo giudizio ha rappresentato la conclusione di un percorso iniziato con la decisione BGHZ 72, 267, 271 nella quale una *BGB-Gesellschaft* era definita una parte contrattuale e in quella BGH, NJW 1996, 2859 in cui si afferma per una GbR la possibilità di aderire ad un contratto societario, successivamente poi i giudici sono intervenuti in BGHZ 136, 254 = NJW 1997, 2754 riconoscendo la *BGB-Gesellschaft* quale un soggetto capace di emettere assegni e cambiali⁶⁷². La dottrina tradizionale della *Gesamthand* vedeva, tuttavia, anche in questo caso, i singoli soci come le vere parti contrattuali e, secondo le loro considerazioni, la conclusione del contratto avveniva rispettando la

⁶⁶⁷ Il tema della soggettività giuridica nelle società di persone e in special modo nelle GbR è stato approfondito da P.O. MÜLBERT, *Die rechtsfähige Personengesellschaft*, in *AcP*, 199, 1999, 38 ss.

⁶⁶⁸ Sul punto V. BEUTHIEN, A. ERNST, *Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Mitglied einer eingetragenen Genossenschaft*, in *ZHR* 1992, 227 ss.

⁶⁶⁹ L'adesione di una GbR ad un altro modello societario ed in particolare la sua capacità di agire come organo di una società di persone è stata affrontata da T. WIPPLINGER, *Die rechtsfähige BGB-Gesellschaft als Organ der Personenhandels-gesellschaften*, Berlino, 2010.

⁶⁷⁰ Su questo tema v. F. SCHMIDT, *Die rechtsfähige BGB-Gesellschaft und das Wohnungseigentum*, in *ZWE*, 2011, 297 ss.

⁶⁷¹ In merito all'applicazione della disciplina precedente alla sentenza del 2001 v. P.G. NICKNIG, *Die Haftung der Mitglieder einer BGB-Gesellschaft für die Gesellschafterschulden*, Berlino-Monaco-Colonia, 1972.

⁶⁷² Sulla disciplina patrimoniale precedente all'evoluzione giurisprudenziale v. K. SCHMIDT, *Zur Vermögensordnung der Gesamthands-BGB-Gesellschaft*, in *JZ* 1985, 909 ss.

disciplina dell'art. 427 BGB, ovvero ogni socio agisce in nome proprio e che se un socio agisce come rappresentante, egli spenderà il proprio nome e allo stesso tempo quello degli altri consociati⁶⁷³.

La *BGB-Gesellschaft* a rilevanza esterna può essere rappresentata da organi societari o da una persona fisica mediante procura. Il potere rappresentativo degli organi spetta solamente ai soci (cd. *Selbstorganshaft*), esso può essere limitato, ma per le società titolari d'impresa tali vincoli devono essere conoscibili e sottostare a precisi obblighi pubblicitari. Secondo le regole generali d'interpretazione dell'art. 714 BGB il potere di rappresentanza corrisponde, se nulla in contrario è stabilito, al potere di dirigere la società, sebbene per la GbR titolare di attività d'impresa bisognerebbe orientarsi all'art. 125 HGB⁶⁷⁴. Normalmente, dunque, vale il principio della rappresentanza singola e a tale principio dovrebbero poter fare affidamento anche le controparti sul mercato. Solamente per le *BGB-Gesellschaft* che non esercitano attività d'impresa, si può ritenere che, nel caso in cui un negozio sia stato stipulato da un socio che non abbia il potere di rappresentanza per tutti i soci, uno di essi possa richiedere l'annullamento del contratto ai sensi dell'art. 174 BGB. Il principio secondo il quale il rappresentante possa autorizzare un socio a compiere un atto per la società vale anche nel diritto delle *BGB-Gesellschaft*.

Giacché la GbR a rilevanza esterna può essere titolare di rapporti giuridici, da essi possono nascere anche delle violazioni e richieste di risarcimento. La società a rilevanza esterna risponde ai sensi dell'art. 31 e 278 BGB. In questo caso è essenziale affermare che la responsabilità è della società e non del singolo socio e, solo dopo aver accertato la colpa della GbR, si affronta quella personale del partecipante.

4.13.3 Il possesso di beni da parte della GbR

La *BGB-Gesellschaft* a rilevanza esterna può anche essere titolare del possesso di un bene ed esercitarlo mediante coloro che rappresentano e dirigono la società. Tuttavia, è bene affermare che tale considerazione è valida solamente per quelle esterne, mentre non è giustificabile per una interna; inoltre il solo fatto di essere possibile, non implica la sua obbligatorietà. Per tale motivo, in presenza di una GbR con attività esterna bisogna distinguere i seguenti modelli organizzativi possibili:

- Anzitutto il possesso può essere esclusivo della società. Tale assunto è motivabile in particolare quando gli oggetti sono apportati nel patrimonio con titolo proprietario o per il loro uso.
- Il possesso può anche essere solamente a disposizione esclusiva di un partecipante. Ciò accade quando viene pattuito che il socio che apporta il bene sia il solo legittimato all'utilizzo, ma anche

⁶⁷³ In particolare tale punto di vista causa problematiche in merito alla capacità di emettere assegni e cambiali, poiché sottintende l'incapacità della società stessa di tali emissioni. Esso può includere i rapporti in cui a contrarre sono i singoli partecipanti, ma difficilmente è adattabile ai contratti della società e per tale motivo appare ormai superato. Parte contrattuale è la società stessa, capace di emettere o essere beneficiaria di un assegno o cambiale, rappresentata da tutti i soci o anche solamente da uno di essi.

⁶⁷⁴ Sull'applicazione degli articoli 125-130 HGB v. C. W. CANARIS, *Die Übertragung des Regelungsmodells der §§ 125–130 HGB auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als unzulässige Rechtsfortbildung contra legem*, in ZGR 2004, 69 ss.

quando sebbene il bene sia utilizzato anche dagli altri in maniera comunitaria, solo ad uno spetta il possesso.

- La questione del possesso si complica, invece, nel caso in cui alla società spetta il con-possesso del bene ai sensi dell'art. 866 BGB.

In sintesi, dunque, che la *BGB-Gesellschaft* possa essere possessore di un bene è il risultato di un processo di sviluppo giuridico, mentre la questione nel caso singolo dipende dall'esatto utilizzo e disponibilità del bene; più l'organizzazione societaria è dettagliata, maggiore è la considerazione che la spinge ad essere titolare dello stato di possesso. Viceversa se la struttura societaria della *BGB-Gesellschaft* manchi, il possesso sarà riservato ai singoli soci⁶⁷⁵.

Secondo la dottrina prevalente e le ultime decisioni giurisprudenziali, a differenza di una oHG, nella *BGB-Gesellschaft* il possesso è esercitato da un partecipante e non da un organo societario. Tali giudizi si rifanno alla teoria del con-possesso della *Gesamthand* e ordinano la fattispecie in maniera molto chiara.

La domanda chiave consiste nel decidere se l'esercizio dei diritti di pegno spetti alla società o ai singoli soci⁶⁷⁶. Secondo l'opinione diffusa, anzitutto, è necessario distinguere il caso di una GbR a rilevanza interna da quella esterna, attività che nella prassi non è sempre facile da percorrere. Nel primo caso la posizione del BGH è certamente da accettare, mentre nel caso in cui ci si trovi in presenza di una società a rilevanza esterna potrebbero esistere anche delle rivendicazioni tra i soci l'un contro l'altro; lo scopo dell'accordo consiste nell'assicurare le rivendicazioni della società che potrebbero spettare ad un singolo, che rimane, per esempio, quale unico partecipante dopo l'uscita degli altri⁶⁷⁷. La sentenza BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 ha stabilito che la *BGB-Gesellschaft* a rilevanza esterna possa costituire un soggetto di diritto autonomo dai suoi partecipanti e titolare di propri diritti ed obblighi. Per tale motivo, il diritto di esercizio delle rivendicazioni esaminate in precedenza dovrebbe spettare alla società e non ai suoi singoli membri.

Dunque, la società per cedere in pegno dei beni deve possederli. Un testo contrattuale che preveda espressamente ciò non dovrebbe essere, quindi, considerato invalido, poiché in presenza di ostacoli giuridici non risolti dalla disciplina legale le parti non possono sbagliare se lasciano trasparentemente comprendere le loro motivazioni e ciò che economicamente vogliono raggiungere. Si tratta dunque esclusivamente di statuire nel contratto la volontà dei singoli soggetti.

4.14 La responsabilità extracontrattuale della società

Tra gli aspetti più problematici del diritto societario, rientra la responsabilità extra-contrattuale di una *BGB-Gesellschaft* o, come in genere viene affermato, l'applicabilità dell'art. 31 BGB alle GbR. La

⁶⁷⁵ Ad oggi è ancora dibattuto se il possesso sia esercitabile dalla società mediante i suoi organi.

⁶⁷⁶ Dai contratti prestampati delle ARGE tale aspetto non è menzionato e, quindi, ad una questione giuridicamente così rilevante non vi è una risposta.

⁶⁷⁷ Sentenza BGHZ 86, 340 = NJW 1983, 1123 ss. = JUS 1983, 637 ss. con nota di Karsten Schmidt.

domanda che ci si pone è - considerato che la responsabilità di una società è ben differente rispetto a quella di una persona fisica - se nella *BGB-Gesellschaft* si può indirizzare la colpa su un suo organo come avviene in una persona giuridica e in una società di persone. A tale quesito si può rispondere positivamente, ormai, secondo la dottrina prevalente. Ciò vale in particolare per la *BGB-Gesellschaft* titolare di attività d'impresa per la quale una risposta contraria costituirebbe un errore interpretativo⁶⁷⁸.

Nell'applicabilità dell'art. 31 BGB si può solo discutere a quali condizioni la responsabilità può essere ricondotta alla società e al suo organo decisionale⁶⁷⁹. Così come nelle oHG la difficoltà risiede nel domandarsi quali siano i requisiti che fanno agire i soci come organi in una *BGB-Gesellschaft* a rilevanza esterna. La società risponde, non solo ai sensi degli artt. 823 e 31 BGB, ma anche secondo l'art. 831 BGB⁶⁸⁰.

4.15 La responsabilità personale

In base alle difficoltà emerse nella responsabilità della *BGB-Gesellschaft*, non può meravigliare che la questione della responsabilità personale dei soci appaia difficile e controversa. Al fine di fare chiarezza appare consigliabile compiere una schematizzazione della responsabilità in una GbR:

- Esiste una differenza rilevante tra la disciplina della responsabilità in una società a rilevanza esterna ed una a rilevanza interna; in quest'ultima la responsabilità nei confronti dei creditori non è possibile, in quanto in questi casi il socio non risponde dei vincoli societari. Essa segue, dunque, la disciplina del diritto delle obbligazioni e non quella del diritto societario⁶⁸¹.
- Differente è la situazione in una società a rilevanza esterna, la quale può essa stessa essere debitrice verso terzi. La decisione se essa sia da considerare quale debitore indipendente dai suoi partecipanti verso un terzo si evince dal contratto nel caso singolo o dalla disciplina legale della responsabilità.

Appare chiaro il primo assunto chiave, ovvero che non si può equiparare la responsabilità di un socio di una *BGB-Gesellschaft* senza prima distinguere tra GbR interna e esterna. Tale seconda categoria necessita un ulteriore approfondimento e una differenziazione tra la *BGB-Gesellschaft* a rilevanza esterna ordinaria e quella titolare di attività d'impresa⁶⁸².

⁶⁷⁸ Il rapporto tra la *BGB-Gesellschaft* e i terzi è stato ampiamente approfondito da H. WIEDEMANN, *Rechtsverhältnisse der BGB-Gesellschaften zu Dritten*, in *WM*, suppl. straordinario, 4, 1994.

⁶⁷⁹ Sulla limitazione della responsabilità al fondo patrimoniale della GbR esterna v. J. JACOBS, *Die institutionelle Haftungsbeschränkung bei atypischen Erscheinungsformen der Außen-GbR*, Berlino-Monaco-Colonia, 2007.

⁶⁸⁰ Ciò si evince analizzando la sentenza BGHZ 45, 311, 313, che nulla stabilisce in contrario.

⁶⁸¹ I profili legati alla responsabilità sono ancora controversi; sul punto v. C. SCHÄFER, *Offene Fragen der Haftung des BGB-Gesellschafters*, in *ZIP*, 2003, 1225 ss.

⁶⁸² Sul tema della responsabilità dei singoli soci cfr. H.P. WESTERMANN, *Bereicherungshaftung der Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft*, in *ZGR*, 1977, 552 ss.

4.15.1 La responsabilità accessoria del socio in applicazione analogica degli artt. 128 e ss.

HGB

Il legislatore non ha chiarito la questione della responsabilità individuale dei soci per le obbligazioni societarie, poiché esso nel riconoscere la *BGB-Gesellschaft* come *Gesamthand* non aveva considerato il fenomeno da lui creato⁶⁸³. Nella sentenza BGHZ 61, 338, 343 si affermava tenuamente che una disciplina analoga all'art. 128 HGB, secondo la quale in un'oHG delle obbligazioni societarie rispondono i singoli soci con tutto il loro patrimonio, per le *BGB-Gesellschaften* manca⁶⁸⁴.

La dottrina autorevole, invece, ha sempre sposato la tesi dell'analogia. Nel frattempo il BGH nella BGHZ 142, 315 = NJW 1999, 3483 ha affermato che la responsabilità dei soci deriva dalla legge e nel terzo *Leitsatz* BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 motivava: "quando i soci rispondono personalmente per le obbligazioni societarie, ciò rappresenta il principio di responsabilità tra i soci, previsto per le oHG, dell'accessorietà⁶⁸⁵". Per le *BGB-Gesellschaft* titolari di attività d'impresa, tale chiarimento era di per se superfluo, così come dimostrato anche dall'intervento del legislatore, il quale nell'art. 8, comma 1 della PartGG - nel quale sancisce che i partecipanti ad una società con attività economica rispondono illimitatamente delle obbligazioni societarie - afferma l'inclusione nel campo di applicazione della disciplina posta agli artt. 128 HGB e ss. delle GbR titolari di attività d'impresa⁶⁸⁶. Tale articolo è manifestazione della volontà legislativa di concentrare la responsabilità derivante dalle obbligazioni societarie nel patrimonio di ogni singolo partecipante in maniera illimitata a meno che le parti non decidano l'utilizzo di forme limitative. Le conseguenze giuridiche sono le stesse, sia se la causa di responsabilità derivi dalla legge o dal contratto. Essa opera in automatico senza la necessità di accordi con i terzi e può essere ridotta solo con accordi specifici con i creditori (art. 128, frase 2 HGB).

Così come accade nelle oHG, anche nelle *BGB-Gesellschaften* la responsabilità riguarda i rapporti esterni ed, infatti, la disciplina vale esclusivamente per la rivendicazione di soggetti terzi e non per quelle derivanti dall'esecuzione del contratto. Anche nelle GbR può accadere che i terzi creditori siano al contempo anche consociati.

Un altro problema rilevante risiede nella limitazione di responsabilità; nel caso in cui si applichi l'art. 128 HGB per la *BGB-Gesellschaft* titolare di attività d'impresa si applicherebbe in generale la responsabilità personale illimitata e le eventuali limitazioni dovrebbero essere provate e legittimate per

⁶⁸³ Il *Gesamthand* è stato affrontato da H. WIEDEMANN, *Juristische Person und Gesamthand als Sondervermögen*, in *WM*, suppl. Straordinario, 4, 1975; U. HUBER, *Rechtsfähigkeit, juristische Person und Gesamthand*, in *FS Lutter*, 2000, 107 ss.; G. HUECK, C. WINDBICHLER, *Drei Fragen zur Gesamthandsgesellschaft* in *FS Zöllner*, 1998, 275 ss.

⁶⁸⁴ BGHZ 117, 168, 176 = NJW 1992, 1615 e in NJW 1998, 2904 ss. ha escluso l'applicabilità in analogia della responsabilità accessoria sancita dagli artt. 128 e ss. HGB.

⁶⁸⁵ Così M. HABERSACK, *Die Haftungsverfassung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Doppelverpflichtung und Akzessorietät*, in *JuS* 1993, 1.

⁶⁸⁶ Sul tema della responsabilità nella *BGB-Gesellschaft* v. H. ALTMEPPEN, *Deliktshaftung in der Personengesellschaft*, in *NJW*, 2003, 1553 ss.

ogni caso singolo⁶⁸⁷. Semplici accordi tra i soci in questo senso, infatti, non sono sufficienti (cfr. art. 128, frase 2 BGB), sebbene tale disciplina può essere modificata mediante accordi con i creditori. Non sufficiente è invece una dichiarazione unilaterale con la quale la *BGB-Gesellschaft* afferma di disporre di una responsabilità limitata⁶⁸⁸. Oggi tale visione non è più supportata e la GbR viene ricondotta in analogia al modello degli artt. 128 e ss. HGB.

4.15.2 Il fallimento dei modelli tradizionali di responsabilità

Dopo aver analizzato il profilo della responsabilità della società e dei suoi partecipanti non può stupire che il BGB non sia “ben preparato” in caso di responsabilità dei partecipanti ad una *BGB-Gesellschaft* a rilevanza esterna poiché esso non aveva immaginato la figura della GbR dotata di soggettività giuridica, vedendola solamente come un oggetto al quale indirizzare una disciplina⁶⁸⁹. Fino a quando il BGH non accettò la responsabilità ai sensi degli artt. 128 e ss., la dottrina discuteva in maniera separata della responsabilità derivante dal contratto, da un ingiusto arricchimento e da azioni illegittime.

Le obbligazioni contrattuali, sebbene siano quelle più semplici da giudicare, già presentano difficoltà considerevoli. La situazione giuridica dipende da chi si considera parte contrattuale: la società, i suoi partecipanti o entrambi. Per tale motivo è possibile offrire tre soluzioni, quella individualistica, collettivistica e quella della doppia obbligazione.

La teoria che contrasta il principio della *Gesamthand* porta ad affermare l'ipotesi individualistica⁶⁹⁰. Secondo tale tesi non esiste nessun'azione in nome della società e di conseguenza nessuna responsabilità che da essa possa derivare. I soggetti contrattuali sono i singoli aderenti e la questione se i partecipanti rispondono con il patrimonio proprio o quello societario è rilevante solamente per delineare il patrimonio su cui ci si può rivalere. La problematica della responsabilità riguarda l'applicazione dell'art. 427 BGB. La responsabilità a carico della società in quanto tale non esiste ma quando tutti i soci si obbligano il creditore può rivalersi oltre che sul patrimonio del singolo socio anche su quello societario (cfr. 736 ZPO).

La teoria collettivistica descrive il modello di responsabilità analogamente a quello degli artt. 124 e 128 HGB: la parte contrattuale è rappresentata esclusivamente dalla *BGB-Gesellschaft* che è anche l'unico debitore; la questione della responsabilità accessoria non è, secondo i suoi assunti, una domanda della disciplina legale della responsabilità⁶⁹¹.

⁶⁸⁷ A tal riguardo D. HECKELMANN, *Die GbRmbH als (neue) Gesellschaftsform* in FS Quack 1991, 243 ss.

⁶⁸⁸ GbRmbH, BGHZ 61, 59, 65 ss.; 69, 95, 100 s.; 113, 216, 219.

⁶⁸⁹ Sull'istituto della responsabilità nella GbR v. G. WIESNER, *Die Haftungsordnung der BGB-Gesellschaft*, in JuS, 1981, 331 ss.

⁶⁹⁰ A tal riguardo W. FLUME, *Die Gesamthand als Besitzer*, in *Freundesgabe Hans Hengeler*, 1972, 76 ss.

⁶⁹¹ Cfr. P. ULMER, *Vertretung und Haftung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, in FS R. Fischer, 1979, 785 ss.

La terza teoria motiva la cd. dottrina della doppia obbligazione, secondo la quale i soggetti debitori sono sia la società che i singoli aderenti⁶⁹².

La scelta della teoria da adottare è facilmente deducibile in base ai ragionamenti fin qui svolti. La prima basandosi esclusivamente sui soci e non riconoscendo la società come soggetto autonomo è da scartare; la seconda appare ricalcare gli insegnamenti della disciplina della oHG ed è quella che maggiormente tutela la *BGB-Gesellschaft* titolare di attività d'impresa; la terza, che aveva dominato la scena negli ultimi decenni, appare ormai abbandonata e non più attuale in base soprattutto alla sentenza miliare del 2001 sul caso «*ARGE Weißes Ross*⁶⁹³».

Infine anche nella prassi è ormai possibile distinguere tra i negozi giuridici della società e quelli dei singoli soci: per i primi vale la dottrina collettivistica e la teoria dell'accessorietà; viceversa, se i soci hanno contratto singolarmente, essi rispondono con i loro beni, ma non ai sensi della teoria individualistica, bensì perché da tali atti, compiuti a proprio nome, non nasce nessun rapporto societario. Questo può comunque significare che il terzo contraente possa citare in giudizio anche gli altri soci se essi hanno partecipato alla stipula dell'atto o se erano rappresentati; in questo caso, tuttavia, non si è in presenza di una responsabilità societaria, ma contrattuale.

4.15.3 I rapporti di obbligazione che nascono dalla legge

La disciplina applicabile alla responsabilità nei rapporti di obbligazione che derivano da fonte normativa è ancora più complessa rispetto a quella di matrice contrattuale, poiché in questo campo le parti non possono autonomamente prevedere o meno limitazioni di responsabilità, bensì devono agire in base ai disposti normativi⁶⁹⁴.

La responsabilità dei soci nel caso di ingiusto arricchimento è inquadrata in base al tipo di responsabilità dei soci nella società ai sensi degli artt. 812 e ss. BGB. In una società esterna, ed in particolare per quelle titolari di attività d'impresa, si applica invece la disciplina del diritto societario.

Nelle società con effetti civili e quindi non titolari di attività d'impresa vi sono le maggiori difficoltà, proprio per l'applicazione del modello basato sulla doppia responsabilità, secondo cui quando prestazioni non motivate giuridicamente come quelle derivanti dal contratto societario sono eseguite nelle operazioni societarie, i partecipanti ne rispondono in maniera illimitata, così come accadrebbe secondo la responsabilità contrattuale. Secondo la sentenza BGHZ 61, 338, 344s. l'applicazione degli artt. 818 e ss. BGB comporta l'esclusione della responsabilità comune della società, quando nessun arricchimento è più visibile nel patrimonio dei membri e della società. La titolare del debito è, tuttavia,

⁶⁹² Questa teoria è stata adoperata anche nella sentenza BGHZ 136, 254, 258s. = NJW 1997, 2754, 2755.

⁶⁹³ Sulle teorie precedenti al 2001 v. P. ULMER, *Gesellschafterhaftung in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Durchbruch der Akzessorietätstheorie?*, in ZIP, 1999, 554 ss.

⁶⁹⁴ Sul tema della responsabilità patrimoniale della società cfr. l'interessante analisi svolta da M. WINTER, *Haftung des Gesamthandsvermögens der Gesellschaft bürgerlichen Rechts für Gesellschaftsschulden?*, in KTS, 1983, 349 ss.

la società; l'aumento del valore della partecipazione non cambia nulla rispetto al fatto che è la società, e non il singolo aderente, ad essersi arricchita. La responsabilità dei soci, dunque, non può essere ricondotta all'art. 812 BGB; essa può, tuttavia, derivare solamente dalla legge ed in particolare dal pensiero giuridico posto all'art. 128 HGB. Grazie alla sentenza miliare del 2001, i giudici hanno trovato una semplice soluzione per questo caso: quando non solo il patrimonio personale di un socio ma anche quello della società si è arricchito, la società assume la veste di debitrice e accanto ad essa rispondono in maniera solidale i singoli partecipanti. Tale principio è di facile applicazione per le società titolari di attività d'impresa e per le altre GbR a rilevanza esterna⁶⁹⁵.

La responsabilità personale per le obbligazioni extra-contrattuali è anche a sua volta notevolmente discussa, sebbene bisogna ritenere che tale problematica si risolve mediante gli artt. 128 e ss. HGB.

Nella sentenza BGHZ 45, 311 fu affermato che una responsabilità personale ai sensi dell'art. 31 BGB era da escludere poiché essa non può riferirsi alle persone fisiche bensì alla società. Per tale motivo il fondamento giuridico per la rivendicazione è da ricondurre all'art. 823 BGB. Finché, dunque, non si discute l'art. 128 HGB una responsabilità dei singoli partecipanti è difficilmente motivabile. Grazie al giudizio BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 anche per tale modello di responsabilità è stata trovata una motivazione adeguata, ovvero la società risponde, al contrario di quanto affermato nella sentenza precedente, analogicamente all'art. 31 BGB per la colpa della direzione societaria. La società, inoltre, può rispondere anche ai sensi dell'art. 831⁶⁹⁶, mentre i suoi aderenti sono esenti da tale responsabilità, in quanto altrimenti risulterebbero titolari degli affari societari direttamente, mentre essi rispondono secondo l'art. 128 HGB.

Per la disciplina del regresso in una *BGB-Gesellschaft* a rilevanza esterna titolare di attività d'impresa si applica quella delle oHG. In particolare questo vale per la trasmissione delle rivendicazioni art. 774 BGB. Il partecipante può recedere dalla società anche seguendo il disposto normativo posto all'art. 426 BGB. Chi fuoriesce dalla società continua a rispondere anche successivamente alla sua uscita per le obbligazioni sorte prima di tale accadimento. L'emanazione del nuovo art. 736, comma 2 BGB ha stabilito che l'esonero della responsabilità vale a partire dal momento in cui viene data comunicazione ai creditori visto che per la GbR non è previsto alcun obbligo pubblicitario.

5. Gli accordi tra imprese più rilevanti al fine del confronto con il contratto di rete: *ARGE*, *EWIV*, *Pool*, *Konsortium* e *Joint-venture*

⁶⁹⁵ Problemi simili rispetto alla responsabilità da ingiusto arricchimento derivano dai debiti tributari della società, oltre che da obbligazioni di diritto pubblico (ad esempio i costi dell'esecuzione di una prestazione alternativa), da costi processuali o dalle obbligazioni che nascono dalla direzione societaria con mandato senza rappresentanza. Anche in questo caso, così come avviene nella GbR titolare di attività d'impresa, si risponde in base personale ai sensi dell'art. 128 HGB. Sugli aspetti fiscali si rinvia a B. KATTERBE, *Die BGB-Gesellschaft im Steuerrecht*, Colonia, 1994.

⁶⁹⁶ Sull'applicazione degli artt. 831 e 31 BGB nelle GbR v. U. SELBERT, *Zur Anwendung der §§ 831, 31 BGB auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, in *AcP*, 175, 1975, 77 ss.

L'enorme varietà di figure riconducibili al modello della GbR rende necessaria una disamina puntuale delle fattispecie assimilabili al contratto di rete italiano per fornire un preciso quadro giuridico delle tipologie maggiormente diffuse nella realtà economica; infatti, sebbene il *Netzwerkvertrag* non abbia ancora avuto riconoscimento dal legislatore tedesco, le imprese hanno reagito al bisogno di coordinamento, mediante la stipula di GbR e, in particolare dei modelli di *ARGE*, *EWTIV*, *Pool*, *Konsortium* e *Joint-venture*, i quali rientrano tutti nella categoria delle *BGB-Gesellschaft* e che possono riguardare dal mero coordinamento tra i partecipanti fino alla previsione di raggruppamenti che con un patrimonio e organo comune agiscono sul mercato in maniera autonoma ed indipendente.

6. Le ARGE

6.1 fondamenti economici e giuridici

Con il termine ARGE si intende una categoria che comprende diverse forme del fenomeno di aggregazione tra imprese equiparabili alle ATI di diritto italiano. Nel diritto civile le ARGE possono essere costituite per il raggiungimento di scopi variegati e manifestarsi in diversi tipi societari⁶⁹⁷.

Le ARGE trovano il massimo sviluppo nel comparto delle costruzioni. In tale settore economico, le ARGE rappresentano la forma di cooperazione più rilevante poiché la progettazione e l'esecuzione di grandi opere pubbliche sarebbe complessa per una singola impresa. Quest'ultima spesso non è in grado, dal punto di vista tecnico e per mancanza di personale adeguato, di eseguire singolarmente le prestazioni richieste poiché la dimensione dell'appalto va oltre le sue capacità produttive o anche perché la vincola in maniera considerevole, non consentendo alla stessa la flessibilità necessaria al fine di continuare la propria attività produttiva. Il rischio economico viene condiviso tra varie imprese, in maniera tale che la perdita potenziale possa essere ripartita su vari soggetti, limitandone gli effetti. Il lavorare insieme in una ARGE aiuta ad impiegare al meglio i materiali e il personale, così come migliora il profilo creditizio e la solvibilità dell'impresa. Tuttavia, a causa della creazione e dell'amministrazione dell'ARGE sorgono dei costi aggiuntivi rispetto alla gestione della singola impresa. L'aggregazione in una ARGE, da un lato, può migliorare la concorrenza in quanto le imprese che lavorano insieme per lo svolgimento di un appalto rimangono tra loro concorrenti, ma possono imparare l'una dall'altra; dall'altro tali aggregazioni limitano la concorrenza soprattutto quando durante gli appalti non comunicano la loro partecipazione in collaborazione. In diverse circostanze ci si trova davanti ad accordi taciti tra le imprese a scapito dell'amministrazione aggiudicatrice. In questo contesto è dibattuto se la stipula successiva tra le imprese di una ARGE sia lecita o meno e se quindi esista un obbligo di rivelare la partecipazione in comune.

⁶⁹⁷ Per un commentario esaustivo sulle ARGE v. per tutti I. JAGENBURG (a cura di), *Der ARGE-Vertrag: Kommentar*, Colonia, 2008.

La costituzione di una ARGE ha conseguenze sull'imprenditore per le violazioni degli obblighi contrattuali⁶⁹⁸. Per l'amministrazione aggiudicatrice la conclusione del contratto con una ARGE significa la diminuzione del rischio, che potrebbe manifestarsi nel fallimento della società. Affidarsi ad un gruppo di imprese riduce significativamente tale problema. Anche l'aumento della concorrenza è un fattore positivo a meno che non si manifestino accordi segreti tra le imprese.

6.2 I tipi di ARGE e le loro forme giuridiche

Con la definizione di ARGE si identifica normalmente un'aggregazione di più imprese per lo svolgimento di una determinata costruzione. Per tale tipo generale di ARGE possono essere utilizzate diverse forme societarie.

Il tipo societario della *BGB-Gesellschaft* è utilizzato dalla maggioranza delle imprese per il suo alto grado di flessibilità. La cooperazione decennale nel settore delle costruzioni ha reso necessaria la costituzione di una ARGE quale tipo societario autonomo di società di diritto civile, dalla quale differisce in alcune caratteristiche. La prassi delle imprese, infatti, si orienta quasi esclusivamente secondo un modello contrattuale prestabilito il *Mustervertrag - MV-ARGE*.

Svantaggio della GbR è la responsabilità patrimoniale illimitata di tutti i partecipanti nei confronti dell'amministrazione, dello Stato e dei terzi.

L'aggregazione sotto forma di oHG/KG è generalmente non accettata, poiché i partecipanti si legano esclusivamente per la durata dell'appalto. Al contrario l'oggetto sociale di una oHG/KG consiste nella conduzione di un'azienda con fini commerciali (artt. 105, comma 1 e 161, comma 2 HGB). Secondo opinione maggioritaria un'attività commerciale necessita tra i suoi requisiti la presenza di un'attività sul mercato di una durata determinata. Nella fattispecie generale della ARGE manca quindi tale requisito poiché un'attività duratura non può esserci se le prestazioni sono orientate esclusivamente al completamento di un unico progetto. Opinione minoritaria presente sia in dottrina sia in giurisprudenza afferma, invece, che anche l'attività una ARGE, sebbene incentrata su un unico appalto, sia identificabile come oHG quando le sue attività, a causa della grandezza del progetto (ad esempio valore dell'appalto considerevole, lunga durata), la orientino ad essere vista come organizzazione durevole. Tali orientamenti giurisdizionali sono, tuttavia, incentrati sul singolo caso e non lasciano identificare un criterio unitario dal quale possa scaturire o meno la caratteristica della durata dell'aggregazione. In base alle dimensioni del progetto, sia dal punto di vista finanziario (valore elevato dell'appalto) che da quello della durata temporale (tempi di costruzione lunghi, prescrizione

⁶⁹⁸ non è da nascondere che le ARGE hanno subito una perdita di stima da parte delle amministrazioni aggiudicatrici e delle stesse imprese che preferiscono adoperare personale e mezzi propri piuttosto che quelli dell'aggregazione. In questo senso un ruolo particolare lo assume la circostanza che un progetto di una ARGE non comporta automaticamente né una prestazione migliore né minori problemi rispetto ad una prestazione eseguita da una singola impresa. Per questo motivo nell'industria delle costruzioni ultimamente, sia dal lato della domanda sia da quello dell'offerta, si è ridotta la richiesta di partecipazione in una ARGE.

delle garanzie), appare importante stabilire in concreto se si tratti di GbR o di OHG/KG⁶⁹⁹. A tal fine non osta neanche la definizione di attività commerciale che richiede una moltitudine di atti orientati allo svolgimento dell'attività, poiché la GbR per la realizzazione del suo scopo conclude diversi contratti con i terzi (con i fornitori, imprese sub-fornitrici, lavoratori). Nel frattempo si concorda con l'opinione maggioritaria secondo cui la ARGE è da collocare tra le GbR (con la possibile eccezione per una ARGE di lunga durata).

Oltre alla GbR e alle società di persone per le ARGE sono immaginabili altri tipi societari come ad esempio una GmbH. La forma organizzativa di una società di capitali, è, tuttavia, per lo svolgimento di un'unica attività eccessivamente formalizzata e organizzata. Essa rientra nella sua forma generale tra le società occasionali.

6.2.1 Differenze con il consorzio

La fattispecie tipica della ARGE deve essere differenziata anzitutto dal consorzio, il quale, così come le ARGE è una società occasionale. La figura, tuttavia, è utilizzata maggiormente nel settore del credito, impiantistica nazionale ed estera, spedizioni merci piuttosto che in quello delle costruzioni⁷⁰⁰. In particolare, nella progettazione e nella realizzazione di grandi progetti e nella costruzione di infrastrutture la capacità produttiva dei singoli offerenti è insufficiente, e non solo dal punto di vista finanziario. Per questo motivo più imprese giuridicamente indipendenti stipulano tra loro un contratto di consorzio per unire le proprie competenze tecniche, organizzative ed economiche. Lo scopo è anzitutto la formazione di un'offerta in comune ed in caso di aggiudicazione, lo svolgimento delle opere.

A differenza dell'ARGE l'attività del consorzio non si limita esclusivamente all'esecuzione delle prestazioni di costruzione, bensì esso si impegna anche a svolgere altre attività, quali la produzione e il montaggio degli impianti, la pianificazione e il finanziamento del progetto. Come l'ARGE, il consorzio assume i costi delle decisioni e del coordinamento sgravando l'amministrazione aggiudicatrice. L'ARGE svolge il progetto in comune, mentre il consorzio divide l'esecuzione dei lavori in fasi. Ciò significa che nei fatti ogni consorziato è responsabile esclusivamente per la propria prestazione, così come stabilito dal contratto che regola la partecipazione di ogni singolo consorziato. Visto che i consorzi nascono da una rete di rapporti contrattuali e che la loro organizzazione cambia in base al singolo caso, non vi è - a differenza di quanto avviene per le ARGE - un modello contrattuale predefinito.

⁶⁹⁹ Anche quando si afferma che la ARGE non è attiva come impresa commerciale, ciò non impedisce ai partecipanti di fornire la tipologia giuridica preferita iscrivendola nel registro delle imprese come oHG/KG (art. 105, comma 2, frase 1 HGB).

⁷⁰⁰ Cfr. F. NICKLISCH, *Rechtsfragen des Subunternehmervertrags bei Bau- und Anlagenprojekten im In- und Auslandsgeschäft*, in NJW 1985, 2361 ss.

Il consorzio costituisce, così come la ARGE, una società occasionale con lo scopo di realizzare uno o più progetti. I consorziati si accordano in modo da vincolarsi nei confronti del consorzio come se avessero concluso un contratto d'opera per la realizzazione della loro parte diverso rispetto al contratto principale (Regola del "come se"). In tale maniera gli elementi del contratto d'opera si sovrappongono ai rapporti giuridici societari. Se l'amministrazione aggiudicatrice stipula il contratto principale con la totalità del consorzio, si parlerà di consorzio con attività esterna *Aussenkonsortium* (Consorzio aperto - *offenes Konsortium*), che rispecchia nella sua costituzione una *Dach-ARGE*. Se il cliente incarica una singola impresa, la quale successivamente costituisce con altre imprese una società interna con lo scopo di adempiere in comune il contratto, si tratterà di consorzio interno - *Innenkonsortium* (*stilles Konsortium* - consorzio silente), che è organizzato in maniera simile al contratto del *General contractor* - *Generalunternehmervertrag*.

Nell'ARGE sono apportati mezzi finanziari, personale, materiale e strumenti che poi costituiscono il patrimonio societario. L'ARGE esegue le sue prestazioni nei confronti dei terzi come un'associazione. Se le singole imprese assumono del personale per il progetto, essi avranno un rapporto di lavoro direttamente con l'ARGE. Il consorzio, invece, non costituisce alcuna forma organizzativa autonoma e non ha un patrimonio societario. I singoli consorziati apportano le loro prestazioni con i propri mezzi e il proprio personale⁷⁰¹.

Profitti e perdite vengono sopportati dall'ARGE in comune ("*risk sharing*"), diversamente dai partecipanti ad un consorzio che rispondono al rischio in maniera ripartita ed in base ai loro obblighi di prestazione ("*risk splitting*"). I singoli aderenti ad una ARGE rispondono in comune in caso di prestazione difettosa o in caso di ritardi, sebbene la disfunzione non sia dipesa da loro, mentre i consorziati rispondono solo per la loro parte. Ciò vale illimitatamente per i consorzi interni dove solo il *Federfuehrer* - impresa capofila - è responsabile nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice dell'adempimento del contratto. Il consorzio ad attività esterna è sì responsabile solidalmente, ma nei rapporti interni la responsabilità si divide in base alle singole prestazioni. Il cosiddetto "*Nabststellenrisiko* - rischio della congiunzione" è a carico di ogni consorziato poiché il termine del passaggio di responsabilità e l'inizio della prescrizione delle garanzie di ogni singolo è uguale ed è quello della consegna dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice.

La direzione della società si compone così come nell'ARGE di una direzione economica e tecnica. Gli aderenti al consorzio si accordano sull'impresa che svolge il ruolo di *Federfuehrer*, che spesso ricopre sia i due ruoli di direzione, sia la rappresentanza giuridica del consorzio nei confronti dei terzi. L'impresa capofila richiede il pagamento del bando all'amministrazione e dopo la deduzione dei suoi contributi inoltra i costi della sua direzione agli altri consorziati. Secondo l'art. 708 del BGB la responsabilità dell'impresa capofila e quella dei singoli consorziati risponde ai requisiti della buona fede

⁷⁰¹ K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cit. 1703 ss.

e della diligenza ordinaria. Nei progetti di dimensione considerevole appare più consono adeguare la responsabilità alla diligenza manifestata nella prassi. Qui la sovrapposizione della società si evidenzia mediante elementi del contratto d'opera. Una deroga espressa al principio di cui all'art. 708 del BGB non è necessaria, poiché lo scopo contrattuale del vincolo giuridico societario corrisponde all'adempimento del contratto principale, il quale da parte sua non conosce una riduzione della responsabilità.

L'art. 709 comma 1 del BGB prevede per la deliberazione di decisioni il criterio dell'unanimità. Nella maggior parte dei casi tale normativa viene derogata, prevedendo che le decisioni siano prese a maggioranza qualificata. Se una regolamentazione di questo tipo non c'è, si può comunque derogare al principio di unanimità se la mancata decisione comporta la violazione del dovere di fedeltà societaria. La realizzazione puntuale delle opere non deve essere bloccata a causa di un singolo consorziato. In aggiunta bisognerebbe anche prevedere una clausola che stabilisca se ogni consorziato abbia lo stesso peso nelle votazioni o se esso sia basato sulla parte degli obblighi di prestazione che ogni soggetto si assume. Il rapporto di subappalto non è normalmente un rapporto societario in quanto si è in presenza di due contratti con contenuto simile conclusi uno dopo l'altro. L'amministrazione concede l'intera commessa ad un'impresa (principale), la quale a sua volta ne subappalta una parte ad un'altra impresa. Sebbene i doveri di entrambe le imprese riguardo a tale parte della prestazione siano gli stessi, le due imprese non formano una società nel senso di quella di cui agli artt. 705 e ss. A differenza della GbR (e quindi anche della forma generale dell'ARGE) che ha come condizione necessaria la realizzazione di uno scopo comune, l'impresa principale e quella subappaltante perseguono obiettivi differenti. Entrambe hanno lo scopo di adempiere correttamente il *proprio* contratto. Inoltre, in tale rapporto non vi è nessun obbligo di promozione *comune* come nell'ARGE.

6.3 I vari tipi dell'ARGE

La Dach-ARGE combina la figura generale dell'ARGE con il rapporto di subappalto: verso l'esterno, e quindi nei confronti del committente e dei terzi, la Dach-ARGE agisce come società a rilevanza esterna con responsabilità illimitata, così come avviene in ogni ARGE; nei rapporti interni i soci apportano le loro prestazioni, ma non come contributi sociali. Essi sono, infatti, incaricati dalla Dach-ARGE mediante contratti di subappalto della realizzazione della parte loro spettante del progetto⁷⁰². La costituzione di una Dach-ARGE è giustificata quando la commessa può essere divisa e l'utilizzo del materiale e l'apporto del personale siano riconducibili ad un'impresa o quando alcune parti del progetto di costruzione siano poste sotto la responsabilità di una determinata impresa o di un gruppo di esse. Effetto principale è la riduzione dei costi di amministrazione dell'ARGE. Ogni partecipante avrà dunque un doppio ruolo: sarà, infatti, socio della *Dach-ARGE* e allo stesso tempo

⁷⁰² Sul punto v. P. ULMER, *MünchKommBGB, Vor § 705*.

subappaltante. Tuttavia l'essere socio comporta conseguenze nel rapporto con l'ARGE quale committente: al socio subappaltante non è concessa la libertà come in un normale rapporto di subappalto, bensì i suoi diritti e obblighi devono sempre tenere in considerazione il rapporto di fiducia basato sul vincolo societario. Un altro problema di conflitto di interessi si manifesta quando un partecipante subappaltante contrae con se stesso nel doppio ruolo di impresa capofila della *Dach-ARGE* e di subappaltante (art. 181 BGB).

La *Dach-ARGE* può concludere contratti di subappalto riguardo ai singoli lotti del progetto “*Lose*” non solamente con un'impresa ma anche con gruppi di esse; questi ultimi costituiranno una ARGE “*Los-ARGE*” per l'adempimento del contratto di subappalto con la *Dach-ARGE*. Per la *Dach-ARGE* non esiste un modello di contratto predeterminato, che si differenzia da quello dell'ARGE, poiché esso può essere sottomesso anche per la diversa costruzione societaria. I modelli contrattuali delle varie associazioni si differenziano notevolmente l'uno dall'altro, soprattutto in materia di responsabilità dei soci (esonero di responsabilità per leggera negligenza) o per le maggioranze richieste per la deliberazione di decisioni (voto all'unanimità o a maggioranza).

Prima che l'ARGE vinca l'assegnazione della commessa per un determinato progetto, deve presentare - di regola per la partecipazione ad un bando - un'offerta. Per lo svolgimento di questa proposta i partecipanti alla futura ARGE costituiscono una GbR, la cosiddetta comunità dei contraenti - *Bieter-Gemeinschaft* che rappresenta una pre-società rispetto all'ARGE.

L'ARGE interna ovvero la *Beihilfe-Gemeinschaft* non compare nei confronti dei terzi in quanto verso l'esterno agisce solo un socio dell'ARGE interna. Egli è rappresentante di una GbR già esistente con meri rapporti interni, che realizza le opere concordate a nome del singolo per conto dell'ARGE interna. In conseguenza di ciò il socio commissionario nei rapporti con l'esterno agisce e si obbliga come imprenditore singolo. L'organizzazione interna dell'*Innen-ARGE* si basa sui rapporti obbligazionari come una qualsiasi ARGE. Questo vale soprattutto per le controversie e le richieste di pagamento nei confronti degli altri committenti. Le *Innen-ARGE* sono molto diffuse, perché permettono ai soci partecipanti di restare nascosti, rispondendo all'esigenza di alcuni soggetti a non volersi mostrare in prima persona. Tuttavia, che la *Innen-ARGE* non sia riconoscibile dall'esterno non è la caratteristica principale di una *Innen-ARGE*, decisivo è, al contrario, che il commissionario agisca solo per se e non per la società o per gli altri.

La ARGE a durata continuata - *Dauer-ARGE* (*fortgesetzte ARGE*) trova il suo campo applicativo nei progetti di grandi dimensioni, in particolare per le commesse degli enti pubblici quando che i lotti (ad esempio singoli pezzi di un'autostrada) sono costruiti successivamente dal punto di vista temporale. Se all'ARGE, dopo la realizzazione di un lotto, se ne assegna un altro, essa potrà continuare ad esistere, permettendogli la fruizione di diversi vantaggi, come lo sfruttamento delle conoscenze già acquisite sull'opera in corso di realizzazione. Lo stesso vale nella situazione in cui bisogna adoperare un

macchinario speciale costoso in grado di velocizzare i tempi di costruzione e la cui profittabilità dipende dall'utilizzo dello stesso in commesse successive. Anche la *Dauer-ARGE* è, contrariamente a quanto il suo nome potrebbe far pensare, una forma di cooperazione limitata ad un determinato periodo. La caratteristica della sua durata non soddisfa il criterio previsto nelle attività commerciali. La *Dauer-ARGE* non è quindi né una OHG né una KG, bensì una GbR, finché i soci non decidano di iscrivere (con efficacia costitutiva) la *Dauer-ARGE* nel registro delle imprese come una OHG/KG (art. 105, comma 2, frase 1 HGB). Un'altra valutazione inerente alla forma societaria sarebbe giuridicamente motivata se i singoli soci decidessero, indipendentemente dalla corrente commessa, di lavorare ancora insieme per la realizzazione di altri progetti⁷⁰³.

6.4 La costituzione di una ARGE

L'aggregazione in una ARGE nasce quando il committente assegna la commessa ad un gruppo di imprese che avevano presentato domanda in maniera separata, obbligandole a costituire una ARGE, quando una singola impresa che ha interesse ad ottenere l'assegnazione della commessa richiede al committente di far partecipare alla realizzazione dell'opera anche altre imprese tra le quali si stipula una ARGE oppure nel caso in cui prima dell'assegnazione più imprese si alleano per proporre un'unica offerta.

In queste tre ipotesi le imprese stipulano un contratto preliminare, con il quale costituiscono una *Bieter-Gemeinschaft*, schema societario rientrante nelle GbR, con l'obiettivo di partecipare e, possibilmente, aggiudicarsi un determinato bando. Il contenuto del preliminare, nella prassi delle imprese, è molto vario: può contenere già tutta la regolamentazione del contratto avente ad oggetto la stipula dell'ARGE successiva all'assegnazione del bando o può includere solamente gli obblighi spettanti nel caso dell'assegnazione della commessa. In un contratto preliminare devono essere contenute clausole chiare e determinate misure, così che in caso di controversie attraverso l'interpretazione si possa risalire a quello che le parti effettivamente volevano. Se il contenuto del contratto non si lascia interpretare (artt. 133, 157 BGB) esso sarà nullo. Per evitare controversie nella fase delle offerte e in quella successiva all'assegnazione, i contraenti devono stabilire la divisione dei compiti per lo svolgimento delle offerte e i seguenti elementi essenziali dell'ARGE che si vuole costituire: quote di partecipazione dei soci; organi dell'ARGE; pagamento degli incarichi straordinari; tipologia dell'ARGE quale quella generale o *DACH-ARGE*; svolgimento del piano tecnico e il suo relativo pagamento; garanzia dei singoli soci dell'ARGE; sanzioni e arbitrato.

Il modello di contratto per la *Bieter-Gemeinschaft* (*BG-Mustervertrag*) include tutti i punti rilevanti che dovranno essere compresi nel contratto di ARGE anche per quanto riguarda la divisione dei compiti successiva all'assegnazione della commessa. Tuttavia, nella prassi tale modello contrattuale

⁷⁰³ In questo caso, in base al contratto, si sarebbe in presenza di una OHG.

predeterminato non ha la stessa diffusione degli altri prestampati. Dopo l'assegnazione della commessa, in genere, non si tratta immediatamente dei contenuti del contratto di ARGE. Infatti si è in presenza di uno stadio intermedio nel quale si mette in pratica il contenuto del contenuto del preliminare di contratto e l'ARGE diviene capace di agire. Il committente non è intenzionato a perdere tempo prezioso dopo l'assegnazione della commessa con delle trattative, ma desidera un inizio immediato della realizzazione, come se avesse incaricato una singola impresa. Per questo motivo, spesso il contratto effettivo viene stipulato quando le imprese hanno già cominciato i lavori. In questo stadio i partecipanti si accordano sulla sede e sul nome dell'ARGE, dividono le competenze, organizzano l'amministrazione (ufficio, conto corrente, codice fiscale) e preparano il cantiere (personale e attrezzature).

6.4.1 Problemi della *Bietergemeinschaft*

Le difficoltà della *Bietergemeinschaft* riguardano in particolar modo il vincolo tra i *Bieter* - offerenti. La prassi mostra che molte volte i contratti in tale punto sono molto vaghi o addirittura non sono neanche presenti clausole che stabiliscano gli obblighi degli offerenti. Già da quello di fedeltà verso gli altri soci, deriva che nessun *Bieter* possa partecipare ad altre comunità di offerenti, neanche in qualità di aderente ad una *Innen-ARGE* o come subappaltante apparente; tuttavia, appare necessaria l'apposizione di una clausola che specifichi tale divieto. Una formulazione espressa di quest'ultimo per gli aderenti ad una *Bietergemeinschaft* si scontra contro i principi antitrust fissati nell'art. 1 GWB. Nonostante ciò il BGH ha deciso che tali accordi sono sostanzialmente validi quando la partecipazione ad una ARGE è giustificabile dal punto di vista economico ed è motivata da ragionamenti di politica finanziaria e organizzativa dell'impresa⁷⁰⁴. Ragionevole appare, dunque, di inserire i motivi che spingono a stipulare una *Bietergemeinschaft* nel contratto preliminare.

Inoltre dovrebbe essere stabilito quando la *Bietergemeinschaft* finisce di esistere, altrimenti si manifesterebbe il pericolo che un aderente la potrebbe dichiarare cessata per partecipare singolarmente ad un bando o mantenerla in vita ad oltranza per evitare che alcuni aderenti predispongano offerte ad altri bandi. Una stesura del contratto ideale prevede l'apposizione di una clausola che legghi la fine della *Bietergemeinschaft* all'assegnazione definitiva della commessa e di una clausola aggiuntiva che sancisca il divieto per ogni socio di partecipare alla realizzazione della stessa commessa come subappaltante o come socio di una *Innen-ARGE*. Tale formulazione è di importanza considerevole se si pensa che dalla *Bietergemeinschaft* si può recedere esclusivamente per un motivo importante (cfr. art. 723 BGB) e non secondo le altre possibilità tradizionali del recesso.

Se un partecipante recede dalla *Bietergemeinschaft* in maniera non conforme alla normativa, agli altri aderenti spetta il diritto di risarcimento dei danni per violazione del contratto - *Schadensersatzanspruch aus*

⁷⁰⁴ Se la costituzione dell'ARGE è necessaria al solo fine di mettersi d'accordo sui prezzi da applicare, essa è illecita e contro le regole di buon costume ai sensi dell'art. 138 BGB.

positiver Vertragsverletzung (art. 280, comma 1 BGB). Tuttavia, nella prassi, tale aspetto presenta una difficoltà insormontabile per quanto riguarda l'entità del danno e la sua misurazione:

- se la *Bietergemeinschaft* ottiene la commessa, dall'uscita del socio può nascere un danno se il risultato economico dell'ARGE è negativo. Con l'obbligo di costituzione di una ARGE ogni partecipante alla *Bietergemeinschaft* si impegna in maniera concludente a partecipare a perdite eventuali. Quando però il socio recedente contesta il rapporto causale tra la sua uscita e il risultato negativo della commessa, affermando per esempio che esso deriva dalla direzione sbagliata dell'ARGE o da comportamenti errati degli altri partecipanti, l'onere della prova spetta ai soci dell'ARGE.

- se la *Bietergemeinschaft* non ottiene la commessa e pretende dal socio recedente il risarcimento delle spese sostenute per la partecipazione deve dimostrare che, nel caso in cui esso fosse rimasto nella *Bietergemeinschaft*, la commessa sarebbe stata ottenuta.

Per risolvere entrambe le questioni è efficace la previsione contrattuale di una sanzione nel caso dell'uscita del socio, che liberi gli altri soci dall'onere di provare la causalità; questo anche nella prospettiva che il modello negoziale prestampato della *Bietergemeinschaft* non contiene una clausola di questo tipo, che quindi deve essere aggiunta dalle parti⁷⁰⁵.

6.5 Il contratto di ARGE

Quando la *Bietergemeinschaft* ottiene l'aggiudicazione della commessa, i suoi partecipanti concludono il contratto di ARGE. Con la sua stipula, esso inizia a produrre effetti e la *Bietergemeinschaft* cessa di esistere per aver raggiunto il suo scopo, senza la necessità di svolgere atti formali. Se un altro offerente ottiene la commessa, la *Bietergemeinschaft* cessa comunque di esistere (sempre ai sensi dell'art. 726 BGB) poiché il suo scopo - l'ottenimento della commessa - è diventato impossibile. Se i partecipanti avevano costituito un fondo comune, i beni in esso contenuti si trasferiscono direttamente nella ARGE. Il contratto dell'ARGE si basa sul progetto concreto della commessa; se non segue il modello prestampato (MV-ARGE) deve comprendere almeno i seguenti elementi essenziali:

- Denominazione dei soci e valore della loro partecipazione (artt. 706, 722 BGB, artt. 1, 3 MV-ARGE);
- Tipo ed entità della commessa e dei lavori richiesti (art. 2 MV-ARGE), inclusi i lavori aggiuntivi e quelli secondari;
- Contributi dei soci (art. 4 MV-ARGE).

Elementi facoltativi, ma che appaiono importanti per il funzionamento dell'ARGE su cui accordarsi sono:

- Nome dell'ARGE (Preambolo MV-ARGE e art. 2 MV-ARGE);

⁷⁰⁵ Il contratto di *Bietergemeinschaft* è titolo idoneo per ottenere in via giudiziale la stipula del contratto di ARGE.

- Organizzazione interna (artt. 5 ss. MV-ARGE);
- Clausola di arbitrato e del foro competente (art. 27 MV-ARGE);
- Disciplina per la nullità relativa del contratto (art. 26 MV-ARGE).

Nel caso in cui il contratto dell'ARGE contenga una regolamentazione propria, gli artt. 705 e ss. BGB non trovano applicazione. Disciplina dalla quale non si può discostare e che trova sempre applicazione è contenuta negli artt. 712 (dimissioni e licenziamento del direttore della società); 716, comma 2 (diritto di controllo); 719, comma 1 (fondo comune); 723, comma 3 (dimissioni del socio); 724 (dimissioni in una società di durata continuata o continuata); 725, comma 1 (dimissioni per pegno sulla quota) e 728 BGB (Scioglimento della società per insolvenza di essa o di un socio).

Il contratto dell'ARGE non ha obblighi di forma, per cui la sua conclusione può avvenire anche per atti concludenti, come l'inizio dei lavori in comune per un progetto. La forma scritta è consigliata per documentare l'esistenza della società; eccezionalmente, tuttavia, alcuni contratti di ARGE hanno obbligo di forma quando come contributo dei soci si preveda l'apporto di immobili (art. 311b, comma 1, frase 1 BGB, per atto di notaio) o una fideiussione (art. 766 BGB, forma scritta),

Già per ragioni di pubblicità, ma anche affinché la stessa possa autonomamente esistere sul mercato, l'ARGE deve dotarsi di un nome che, in genere, identifica il nome del progetto, ma in diversi casi si inseriscono anche le denominazioni dei partecipanti. Limiti giuridici alla scelta del nome esistono solo se esso possa generare confusione e possa essere ricondotto ad altre imprese o ad altra ARGE già esistente. Particolare attenzione deve essere concessa al suffisso “*partner*” o “*e partner*” che potrebbe dare adito a dubbi (art. 11 PartGG). Sulla carta intestata dell'ARGE devono essere contenuti il nome e la sede dell'ARGE così come il nome e la sede di ogni partecipante.

Il contratto dell'ARGE può, secondo i principi generali, essere nullo (cfr. artt. 134, 138 BGB) o impugnabile (cfr. artt. 119, 123 in combinato disposto con gli artt. 142, 143 BGB). In caso di nullità o di annullabilità il contratto è - teoricamente - come se non fosse mai esistito; tuttavia, per tutelare i terzi e la titolarità del fondo comune, la dottrina parla di un rapporto societario di fatto “difettoso”. Secondo tale teoria, ai terzi non può essere obiettata la nullità o l'invalidità del contratto. Nei rapporti interni, quindi, l'azione di nullità così come l'annullamento ha effetti solamente *ex nunc*.

6.6 I rapporti interni dell'ARGE

6.6.1 Gli organi dell'ARGE e i loro compiti

L'organizzazione interna dell'ARGE si distanzia notevolmente da quella espressa agli artt. 705 e ss. BGB; infatti, secondo l'art. 5 del MV-ARGE, gli organi dell'ARGE sono l'*Aufsichtsstelle* (assemblea dei soci, art. 6 MV-ARGE); la direzione tecnica (art. 7 MV-ARGE); quella commerciale (art. 8 MV-ARGE) e la direzione dei lavori (art. 9 MV-ARGE), i quali hanno competenze direzionali predeterminate, ordinate gerarchicamente e differenziate in base alla competenza.

6.6.2 L'*Aufsichtsstelle* - Assemblea dei soci

L'art. 6 del MV-ARGE afferma che l'*Aufsichtsstelle* è l'organo gerarchicamente più importante al quale sono demandate le decisioni fondamentali, tra esse rientrano tutte le domande poste dai soci, quelle assegnate dal contratto e quelle che nascono direttamente al suo cospetto. Il principio della "*Kompetenz-Kompetenz*" dell'assemblea ricalca l'art. 709 BGB (direzione comune della società). L'assemblea è un organo meramente decisorio, mentre agli altri organi spetta il compito di dare esecuzione alle sue decisioni⁷⁰⁶.

L'assemblea si riunisce in caso di necessità o su richiesta di un socio. Normalmente nella fase iniziale del progetto le riunioni sono più frequenti, poi diminuiscono per tornare ad intensificarsi verso la fine della realizzazione. Per l'organizzazione delle sedute (ordine del giorno, avviso di convocazione, redazione del protocollo) è responsabile la direzione tecnica (artt. 6.5, 6.7 MV-ARGE). Nell'assemblea è rappresentato ogni socio e le votazioni hanno luogo per teste o in base alla singola partecipazione; se il criterio adottato è il primo, in caso di unioni tra imprese (cfr. art. 2 UmwG) il voto spettante al nuovo soggetto sarà sempre pari ad uno (art. 6.2, comma 2, frase 1 MV-ARGE). Negli altri casi di trasformazione, i diritti di voto dei soci non dovrebbero subire modificazioni ai sensi dell'art. 6.2, comma 2, frase 2 del MV-ARGE. Ciò appare pertinente al caso del cambio di forma societaria (art. 190 UmwG), *spin-off* (art. 123, comma 2 UmwG) e *split-off* (art. 123, comma 3 UmwG), poiché in questi casi la personalità giuridica dei soci non si modifica. Controversa è invece la normativa nell'*Aufspaltung* (art. 123, comma 1 UmwG) di un partecipante ad una ARGE ad almeno un altro aderente. La scissione, così come la fusione, conduce all'estinzione del soggetto giuridico e quindi del precedentemente socio dell'ARGE, e ciò rende necessario accordarsi su una modificazione dei diritti di voto. È consigliabile applicare la stessa normativa prevista in caso di fusione all'art. 6.2, comma 2, frase 1 MV-ARGE anche al caso dell'*Aufspaltung* senza che si creino nuovi diritti di voto. L'assemblea è titolata a prendere decisioni solo in presenza dei rappresentanti di ogni socio partecipante e dopo aver convocato correttamente gli aderenti (con un preavviso di 8 giorni). Nel caso in cui l'assemblea non possa prendere decisioni a causa della mancanza del numero legale, essa è riconvocata per una seconda seduta, in cui delibera indipendentemente dal numero dei presenti. In generale si vota all'unanimità, ma si può anche a maggioranza quando in una seduta precedente non è stato possibile raggiungere l'unanimità. A parità di votazione, decide il direttore dei lavori. Nel caso in cui ci siano controversie sulla competenza di una determinata domanda, si può creare una situazione di stallo, che può essere risolta mediante arbitrato di un terzo o con il diritto all'ultima parola a rotazione tra i soci. In caso di conflitto di interessi, il socio coinvolto è escluso dalla votazione. A differenza di quanto visto in precedenza, il contratto di ARGE può stabilire che per determinate decisioni basti una maggioranza

⁷⁰⁶ Per alcune decisioni il MV-ARGE prescrive l'obbligo di forma scritta.

qualificata. Per le modifiche sul contratto societario un accordo di questo tipo può esistere solo se si tiene in considerazione il *Bestimmtheitsgrundsatz* - principio di legalità. Nella prassi è dibattuto se già un cambio di progetto (come l'aumento della durata delle garanzie) o una modifica dell'ARGE possano costituire un esempio di questo tipo. Per mantenere l'ARGE capace di agire anche in presenza di gravi difficoltà, il concetto di modifica contrattuale non deve essere interpretato in maniera troppo estensiva; ma occorre riservarlo solo a cambiamenti considerevoli dell'ARGE.

6.6.3 La direzione della società

Secondo l'art. 7 del MV-ARGE la direzione tecnica si affida ad un socio partecipante (esclusivamente uno) che diviene responsabile degli aspetti tecnici del progetto di costruzione, dell'osservanza del contratto di ARGE e dell'esecuzione delle decisioni assunte dall'assemblea se riguardano aspetti tecnici. Il direttore tecnico deve dedicarsi soprattutto al controllo dei lavori edili e dei direttori dei lavori. Egli rappresenta l'ARGE nei confronti del committente (nel caso di contributi aggiuntivi) nei problemi commerciali, ma solo in accordo con il direttore commerciale, e verso i terzi nelle domande tecniche (ad esempio verso le imprese subappaltanti). L'art. 7 del MV-ARGE contiene un decalogo di compiti dettagliato ma non omnicomprensivo ("in particolare", cfr. per esempio art. 21 MV-ARGE sulle garanzie); alcuni di essi per essere svolti, necessitano dell'accordo con il direttore commerciale o l'autorizzazione dell'assemblea.

Anche la direzione commerciale è assegnata ad un socio⁷⁰⁷ (art. 8 MV-ARGE). Un catalogo dettagliato ma non omnicomprensivo dei suoi compiti è contenuto nell'art. 8 MV-ARGE. In particolare, egli ha l'obbligo di curare la gestione economica, gli acquisti di materiale, la redazione del bilancio e gli aspetti tributari. Il direttore commerciale richiede anche il pagamento dei contributi dei soci (art. 11.1 MV-ARGE). Invece, per quanto riguarda la tenuta dei libri contabili e gli stipendi delle persone assunte dalle ARGE che fino a poco tempo fa venivano apportate come contributo da un socio (cfr. art. 8.52 MV-ARGE 1995) oggi tali attività sono esternalizzate con bandi e affidate a terzi (cfr. 8.52 MV-ARGE 2005 in attuazione del principio di concorrenza). Il direttore commerciale agisce come rappresentante solo nei confronti di terzi per questioni di sua competenza (art. 8.2 MV-ARGE).

A differenza del principio contenuto nell'art. 711 BGB, i soci direttori della società non hanno un diritto di opposizione nei rapporti reciproci. Nei negozi misti, dove sono presenti sia aspetti tecnici sia commerciali, sarebbe ipotizzabile che ogni direttore sia legittimato ad agire solo nel suo settore di competenza. Alternativamente si potrebbe pensare ad un'accettazione tacita esternata per atti concludenti. Una costruzione di questo tipo non è necessaria poiché, per il senso e lo scopo del MV-ARGE che prevede in molte situazioni di contrasto il consenso tra le parti, quando il direttore agisce in

⁷⁰⁷ Tale attività un tempo era, sia secondo i dettami contrattuali sia nei fatti, di minore importanza rispetto alla direzione tecnica; oggi invece i modelli di contratto predeterminati danno maggiore rilevanza al direttore commerciale, equiparandolo al direttore tecnico, anche dal punto di vista dei compiti svolti.

un contesto non soltanto di sua competenza e si trovi in una situazione di dubbio non deve arrestarsi, bensì cercare il consenso dell'altro. In caso di controversie, la risoluzione del contrasto sarà demandata all'assemblea.

Alcuni contratti con terzi necessitano dell'autorizzazione di tutti i soci. Tale potere autorizzativo non intacca quello sovraordinato dell'assemblea.

L'art. 10 del MV-ARGE prevede per prestazioni straordinarie, tra cui principalmente la direzione societaria ai sensi degli artt. 7 e 8 del MV-ARGE, un corrispettivo economico il cui ammontare si misura in percentuale al fatturato netto dell'ARGE. Altre remunerazioni spettano ai soci che ad esempio impiegano forza lavoro per adempiere agli standard di sicurezza. Le prestazioni compiute rappresentano contributi societari e non servizi che devono essere retribuiti. Così i soci non possono esercitare alcuna pretesa per una remunerazione specifica (art. 733, comma 2, frase 3 BGB).

6.6.4 La direzione lavori

Gerarchicamente subordinata rispetto alla direzione a livello societario vi è la direzione dei lavori, nominata dall'assemblea, che dirige *in loco* il cantiere. La nomina avviene per il lato tecnico secondo l'esigenza della direzione tecnica, mentre per quello commerciale mediante la direzione commerciale. I direttori dei cantieri sottostanno a quelli della società, sono responsabili in maniera congiunta solo per ciò che concerne l'attività svolta sul cantiere mentre non sono titolari di rappresentanza in domande generali. Non sono mai soci della ARGE e quindi il privilegio della responsabilità fissato nel preambolo del MV-ARGE non ha effetti per loro. Il loro costo è sostenuto dall'ARGE. Sebbene abbiano dal punto di vista giuridico una posizione debole, essi hanno un ruolo di primaria importanza, poiché sul cantiere costituiscono l'organo decisorio e di trasmissione all'assemblea e ai direttori della società, ragion per cui devono essere persone fidate che godano della loro fiducia. Nel caso in cui si perda la fiducia, mediante decisione unanime dell'assemblea i direttori dei lavori possono essere esonerati dall'incarico (art. 6.8, comma 3 MV-ARGE).

6.7 I diritti e gli obblighi dei soci

6.7.1 I diritti dei soci

L'art. 19 del MV-ARGE prevede il diritto di accesso ad ogni documento della ARGE per ogni socio, così come quello di far sottoporre, tramite decisione dell'assemblea la ARGE a controlli tecnici e commerciali. Inoltre essi dispongono ampi diritti di controllo, di informazione e di verifica nei confronti della direzione della società (artt. 7.3, 7.5, 7.6, 8.3, 8.6-8.9 MV-ARGE). Rilevo principale assume il diritto ad accedere alle informazioni contenute nel bilancio conclusivo che deve essere redatto in forma scritta con nota integrativa entro tre mesi dalla estinzione della società. In caso di controversie con la direzione, come ultima ratio, i soci possono, all'unanimità, esonerare i direttori dall'incarico (art.

6.8, comma 3 MV-ARGE). Di centrale importanza è, inoltre, il diritto di ogni socio a partecipare all'assemblea, nella quale ognuno, indipendentemente dalla sua quota di partecipazione, dispone del diritto di veto. Ogni aderente ha il diritto di "innalzare" una domanda, scavalcando in questo modo la direzione della società e il direttore dei lavori e sottoporla all'assemblea. Tale diritto di innalzamento deve essere esercitato con attenzione dal socio, poiché egli deve giustificarne le motivazioni.

6.7.2 I doveri dei soci

Ogni socio è sottoposto agli obblighi generali che nascono dalla partecipazione ad una GbR ovvero il dovere di fedeltà, di promozione dell'attività, di collaborazione, di riservatezza e il divieto di concorrenza. L'obbligo più importante del socio di una ARGE consiste nell'apporto del contributo e delle prestazioni concordate (art. 4.1 e preambolo del MV-ARGE). Il suo intervento si stima in base al rapporto di partecipazione (in maniera solo relativa e non assoluta), sancito all'art. 3 del MV-ARGE, e, per quanto riguarda il contenuto, esso è definito nello scopo sociale (ovvero della commessa ottenuta). La richiesta dell'esecuzione della prestazione in base alla partecipazione (cfr. ad esempio art. 11.1 MV-ARGE) rappresenta la concretizzazione di questo dovere "astratto" di prestazione. La concretizzazione (e con essa anche la sua valutazione, a meno che il contratto non la preveda specificamente e dunque senza dubbi) sottostà solamente all'assemblea (cfr. artt. 12.1, 14.21 comma 1 MV-ARGE).

a) Provvista economica

L'art. 11 del MV-ARGE prevede la messa a disposizione di una provvista economica per assicurare all'ARGE il suo funzionamento; in alternativa essa può ricevere un finanziamento per il quale i soci devono impegnarsi mediante fideiussione. Il committente richiede spesso che l'ARGE depositi una fideiussione dall'ammontare della commessa (art. 20.1 MV-ARGE). Oltre alla fideiussione nei confronti del committente i soci si impegnano vicendevolmente a garantire la richiesta di capitale anticipatamente⁷⁰⁸.

b) Personale, beni consumabili e durevoli

Per lo svolgimento della commessa secondo le misure contenute negli artt. 12-14 del MV-ARGE devono essere messi a disposizione, da un lato il personale, dall'altro beni consumabili e durevoli⁷⁰⁹. Il modello contrattuale prestampato contiene regole dettagliate per il rimborso di tali spese che non

⁷⁰⁸ Tale ultimo elemento produce nella prassi notevole dibattito, visto l'alto numero di avalli di ogni singolo socio necessario al suo conseguimento.

⁷⁰⁹ Per quanto riguarda l'impiego del personale la situazione nella prassi è abbastanza discussa. Infatti, l'assunzione del personale direttamente in capo all'ARGE non è sempre permessa; in particolare è possibile osservare differenze in base alle regioni. Mentre nella Germania meridionale le ARGE prendono in prestito i dipendenti dei singoli soci, nel nord è usuale che la ARGE assuma direttamente forza lavoro. Generalmente l'assunzione dipende anche dalla dimensione e dalla durata dei lavori; d'altro canto spesso si manifesta l'esigenza di non assumere personale per evitare la complicazione delle procedure e la contabilità del personale.

devono gravare esclusivamente su uno o più soci determinati. Per questo motivo esiste una *Kostenangleichung*, ovvero un bilanciamento degli importi mentre solo in determinate condizioni è possibile un pagamento diretto al socio. Per quanto riguarda, invece, i beni consumabili, secondo l'art. 13.21 MV-ARGE essi sono acquistati da terzi o da soci mediante procedure concorrenziali, ai sensi della riforma introdotta nel 2005; prima di tale momento essi venivano apportati da un aderente e valevano come contributi sociali. Le regole concorrenziali permettono all'ARGE di acquisire i beni a prezzi di mercato che prima invece potevano essere "gonfiati" da un socio. Gli impianti, invece, sono di solito messi a disposizione mediante contratto di noleggio e non a titolo di proprietà (art. 14.31 MV-ARGE); essi, a differenza dei beni consumabili, non devono sottostare alle procedure di concorrenza, ma all'assemblea spetta l'opzione di noleggiarli direttamente da terzi (art. 14.21, comma 1, frase 2 MV-ARGE). In caso di inadempimento delle prestazioni o del mancato apporto dei contributi, si applicano le regole previste sulle GbR.

c) Conseguenze delle violazioni degli obblighi

Se un partecipante viola in maniera colpevole i propri obblighi, gli altri membri hanno diritto al risarcimento del danno. Da considerare è il privilegio di responsabilità nei rapporti interni, nei quali una leggera negligenza non vale come colpa ai sensi dell'art. 276 BGB (preambolo MV-ARGE). Tale punto è rilevante soprattutto nel caso in cui il socio incorra in un errore. Gli aderenti possono accordarsi tra loro e allontanarsi dal principio stabilito nel preambolo applicando in pieno la normativa dell'art. 276 BGB e traslando la responsabilità illimitata verso i terzi anche nei rapporti interni. Contro tale accordo si esprime il ragionamento secondo cui, la ARGE è un'aggregazione con un rischio e scopo comune che porta con sé un determinato pericolo per tutti i soci. Appare dunque giustificato inserire la leggera negligenza nel rischio che i soci nel loro insieme devono sopportare; altrimenti potrebbe verificarsi la circostanza per cui internamente e precauzionalmente si prepara un'azione di responsabilità soprattutto quando l'ARGE ottenga un risultato negativo.

Se un socio non rispetta i propri obblighi di contribuzione e di esecuzione delle prestazioni, il MV-ARGE prevede per il loro ottenimento le seguenti sanzioni (eseguibili anche contemporaneamente):

- L'art. 4.2 stabilisce, in caso di ritardo, l'obbligo al pagamento di una multa indipendente dal debito del socio, che si misura in base ad una percentuale fissata dal contratto della prestazione dovuta.
- Secondo l'art. 4.3 MV-ARGE, i soci residui possono, rispettando determinate condizioni, modificare la quota di partecipazione dell'inadempiente a suo discapito.
- Inoltre l'art. 23.4 MV-ARGE prevede, come giustificato motivo di esclusione, il mancato pagamento del partecipante.

Gli altri soci possono decidere all'unanimità di modificare le quote di partecipazione a discapito del soggetto che non esegue i suoi doveri di partecipazione quando tale comportamento risulti giustificato rispetto al suo debito in modo tale da bilanciare tale somma (art. 4.3 MV-ARGE). Ciò si verifica quando la mancata prestazione prevista dal rapporto originario dei contributi e delle prestazioni è così grave da necessitare la modifica delle quote di partecipazione; al contrario manchevolezze di poco valore non sono prese in considerazione e non conducono al cambiamento dei valori delle quote⁷¹⁰. Il socio che vede modificata la sua quota di partecipazione può, nell'arco del mese successivo alla ricezione della decisione dell'assemblea, fare ricorso presso l'autorità giudiziaria (art. 4.31 MV-ARGE). I soci devono tenere in considerazione che in caso di modifiche della compagine societaria e delle relative quote la loro posizione potrebbe peggiorare nel caso in cui la ARGE finisse in perdita, mentre il socio che non aveva apportato la sua prestazione si troverebbe in una situazione favorevole poiché comparteciperebbe in maniera inferiore al risultato negativo. Se la mancata prestazione non sia eseguita dal debitore, nonostante gli inviti scritti, gli altri soci hanno il diritto di escluderlo secondo l'art. 23.31 MV-ARGE solo se l'inadempimento del partecipante è a lui imputabile. Ciò deriva dal ragionamento giuridico secondo cui una conseguenza così grave può essere motivata esclusivamente da un rilevante motivo giustificativo. Se l'ARGE è composta solamente da due soci, l'esclusione di uno di essi è possibile, per giusta causa, esclusivamente mediante decisione del giudice (art. 23.32 MV-ARGE). L'importanza di stabilire le circostanze precise di tali sanzioni dipende dall'importanza che viene assegnata dal contratto all'apporto dei contributi e all'esecuzione delle prestazioni. Ciò vale in particolare per gli apporti chiave, quali ad esempio la messa a disposizione di un macchinario speciale che permette l'esecuzione dell'opera nei tempi concordati⁷¹¹.

d) Conseguenze giuridiche della trasformazione della forma societaria di un partecipante

Se durante l'esistenza dell'ARGE si dovesse modificare la forma societaria di un suo aderente, secondo l'art. 3, comma 3 MV-ARGE “il nuovo socio assume le quote detenute precedentemente con effetto immediato senza che vi sia bisogno di atti formali. Tale formulazione è imprecisa in vari punti; indipendentemente dal fatto che in un'ARGE come società di persone si può partecipare anche con una quota singola, in una trasformazione societaria (art. 190, comma 1 UmwG) il soggetto giuridico che effettua la trasformazione assume la veste giuridica stabilita nell'atto di trasformazione (cfr. art. 202, comma 1, nr. 1 UmwG). Ciò significa che il soggetto giuridico rimane, anche nella sua nuova forma societaria titolare delle quote dell'ARGE, una “*Übernahme* - acquisizione”, quindi non si concretizza.

⁷¹⁰ Tale sanzione lascia inalterato sia il “bilanciamento” finanziario ai sensi dell'art. 4.2. MV-ARGE sia il diritto a richiedere la prestazione ed eventualmente (se si dimostri ci sia colpevolezza) il risarcimento del danno (artt. 4.3, 4.4 MV-ARGE); per altre violazioni degli obblighi, come ad esempio le violazioni nell'apporto di capitale, si decide in base al testo e alla sistematica del contratto.

⁷¹¹ Nel quale occorre anche inserire, per il caso in cui tale apporto venga a mancare, le misure da adottare - il più velocemente possibile - in maniera tale che un altro socio lo possa sostituire apportando il macchinario richiesto.

Nella fusione (art. 2 UmwG) il soggetto incorporante ovvero il nuovo soggetto giuridico entra nell'ARGE al posto del soggetto incorporato nell'intera sua posizione (cfr. art. 20, comma 1, nr. 1 UmwG).

Anche nella scissione (i tre tipi *Aufspaltung*, *Abspaltung*, *Ausgliederung* cfr. art. 123 UmwG) l'acquisto delle quote viene fatto dal nuovo socio ovvero dalla parte residua. Condizione necessaria è l'assegnazione espressa a tale nuovo soggetto delle quote dell'ARGE nel contratto di scissione o di acquisto o anche nel piano di scissione (cfr. artt. 131, comma 1 nr. 1; 135, comma 1, 136 UmwG).

6.8 I rapporti esterni dell'ARGE: il potere di rappresentanza

La soggettività della ARGE con attività esterna è riconosciuta a partire dalla sentenza del BGH del 29.01.2001; essa può esercitare autonomamente i suoi diritti contrattuali ed essere soggetta alle conseguenti rivendicazioni. Corollario della soggettività giuridica è la soggettività processuale sia attiva che passiva. Ai creditori della società, tuttavia, resta la scelta, nonostante la soggettività dell'ARGE di citare in giudizio l'aggregazione o i singoli soci.

Il potere di rappresentanza e di direzione della società sono conformi alla disciplina prevista dall'art. 714. Gli organi, che in genere rappresentano la ARGE verso l'esterno, sono la direzione tecnica, quella commerciale e la direzione dei lavori. L'assemblea, al contrario, sebbene sia l'organo gerarchicamente più importante, non rappresenta l'ARGE nei rapporti con i terzi. Nei confronti del committente, l'ARGE è rappresentata esclusivamente dalla direzione tecnica, previo accordo interno, mentre la direzione commerciale ha il potere di rappresentanza solo per materie di sua competenza (art. 7.2 MV-ARGE). La concentrazione di rappresentanza nella direzione tecnica verso il committente ha, non solo motivi storici, ma anche ragioni pratiche; in quanto, proprio nei suoi confronti, è indispensabile avere regole rappresentative chiare, i committenti pubblici richiedono, a tal proposito la nomina di un unico rappresentante dell'ARGE. Il direttore dei lavori è legittimato a rappresentare l'ARGE sul posto (soprattutto nella concretizzazione del piano lavori) verso il committente nei limiti in cui ciò sia previsto dal contratto (cfr. art. 9.11, frase 2 e 3 MV-ARGE) oppure qualora la direzione tecnica lo abbia autorizzato o l'assemblea gli abbia conferito una procura per il caso singolo. Verso gli altri terzi la rappresentanza spetta alla direzione competente (artt. 7.2; 8.2 MV-ARGE) e sul posto al direttore del cantiere dei lavori⁷¹² (artt. 9.11, 9.3 MV-ARGE).

La regolamentazione interna prevede per l'esercizio del potere di rappresentanza requisiti di forma come la sottoscrizione con il nome dell'ARGE e con la specificazione della carica ricoperta da colui che firma. I soci che non sono membri della direzione non sono legittimati a rappresentare la società, ma possono controllarla in base alla disciplina sulla direzione. Il potere di rappresentanza può essere

⁷¹² Un'estensione del potere di rappresentanza è possibile per singole fattispecie.

revocato solo per un grave motivo (art. 6.8, comma 3 MV-ARGE) collegato alla direzione della società (art. 715 BGB).

6.9 Efficacia della rappresentanza

La ARGE opera in maniera valida solamente se a porre in essere gli atti è un organo dotato di rappresentanza che agisce nell'ambito dei suoi poteri. Ad esempio, la stipula di un contratto per mezzo della direzione tecnica è inefficace quando tale negozio riguarda una materia di competenza della direzione commerciale, a meno che non vi sia una procura tacita o un'accettazione dell'organo estromesso da tale atto. Ad un vizio di questo tipo non può appellarsi il *partner* contrattuale che sa di negoziare con una ARGE ed è consapevole delle differenze tra le due competenze, poiché nella prassi degli affari la divisione di competenze, e dunque delle relative rappresentanze, sono conosciute.

Per quanto riguarda la competenza tra le due direzioni e la decisione in ordine all'individuazione dell'organo responsabile, nei casi dubbi, al contraente non è richiesto nessun dovere di prova. Sulle attività che sono assegnate e per le quali è dotata del potere di rappresentanza, la direzione dei lavori nella prassi non vi è una visione comune. Per questo motivo il pericolo che detto organo concluda obbligazioni vincolanti per la ARGE è maggiore rispetto a quello degli altri due organi. Quindi un contratto con la ARGE non viene stipulato per mancanza di potere rappresentativo, il socio rappresentante ne risponde nei confronti del *partner* contrattuale secondo le regole generali (in particolare quelle fissate all'art. 179 BGB). Così come nella GbR, è consigliabile, nell'interesse dell'ARGE (pericolo nella procura tacita o autorizzazione) e del terzo contraente, chiarire i rapporti di rappresentanza prima della stipula del contratto e non autorizzare alcuna modifica ad essi. Nei rapporti interni, in caso di atti validi ma non legittimati, la responsabilità dei soci-direttori per leggera negligenza non può essere esclusa, rifacendosi al privilegio di responsabilità contenuto nel preambolo del modello di contratto prestampato.

6.10 La responsabilità

Il vincolo giuridico che nasce dalla ARGE costituita come GbR e la responsabilità dei suoi soci che da essa scaturisce, segue la disciplina prevista per le oHG. Da ciò consegue che i soci rispondono nei confronti dei creditori con tutti i loro beni illimitatamente e che accordi esimenti di responsabilità conclusi tra le parti non hanno effetto nei confronti dei terzi (art. 128 HGB). Lo stesso vale anche per le garanzie, indipendentemente da chi abbia eseguito una prestazione *mangelhaft*⁷¹³.

⁷¹³ Per questo prima della conclusione di un contratto di ARGE bisogna approfondire la situazione di tutti i futuri partecipanti. Questo vale soprattutto per i nuovi entranti che rispondono anche delle obbligazioni precedenti al loro ingresso così come stabilito all'art. 130 HGB, a meno che non sia stata concordata con i creditori una clausola di esonero.

Il creditore di una ARGE può rivalersi sul patrimonio dell'ARGE e, se esso è incapiente o insufficiente alla soddisfazione della sua pretesa su quello dei singoli partecipanti. I soci-creditori, a causa del loro dovere di fiducia, possono come i “terzi” rivalersi sul patrimonio della ARGE solo se la loro soddisfazione non mette in pericolo l'esistenza della società. Gli altri membri della ARGE rispondono dei debiti in solido (artt. 427, 431 BGB), ma prima di escutere i loro beni il socio-creditore deve considerare anche la sua quota di perdita. Per quanto concerne la responsabilità extracontrattuale si applica in analogia l'art. 31 del BGB, ovvero la società può in quanto autonomo soggetto di diritto richiedere un risarcimento del danno alla direzione che la rappresenta.

6.10.1 Possibilità di limitazione della responsabilità

Una limitazione della responsabilità verso l'esterno non è prevista nel modello contrattuale prestampato; il privilegio previsto nel preambolo è applicabile esclusivamente ai rapporti interni. Una clausola valida di limitazione della responsabilità è possibile solo se ci si accorda in questi termini con il *partner* contrattuale. Tuttavia, una limitazione è maggiormente possibile nelle ARGE le cui prestazioni sono facilmente riconducibili ai soci, ovvero laddove si possa stabilire chiaramente, ad esempio, che ogni socio costruisce ed è responsabile esclusivamente per il suo lotto. Di regola al committente viene sempre permesso di rifarsi sia sul fondo comune che sul patrimonio dei singoli soci.

6.11 L'estinzione dell'ARGE

L'estinzione dell'ARGE trova poca attenzione nel modello di contratto prestampato dell'ARGE, che invece dedica maggiore attenzione all'uscita del singolo socio. La disciplina dalla liquidazione e dalla distribuzione dei profitti così come quella del fondo patrimoniale, seguono il diritto delle GbR.

6.11.1 Motivi che portano all'estinzione della ARGE

La ARGE si scioglie per il raggiungimento del suo scopo, ovvero con l'avvenuta realizzazione della commessa. Viceversa il contratto si estingue quando tutti i doveri collegati sia alla sua stipula sia quella dell'ARGE, ma anche quelli relativi alle garanzie (art. 22, comma 1 MV-ARGE) sono stati portati a termine. Il diritto delle GbR prevede come motivi di scioglimento ordinari anche l'unione delle quote in capo ad un unico soggetto giuridico, il raggiungimento del limite temporale oppure una condizione risolutiva. I soci, inoltre, possono sciogliere anticipatamente la società mediante decisione assembleare (art. 22, comma 2 MV-ARGE)⁷¹⁴.

⁷¹⁴ Questo caso dovrebbe, tuttavia, rimanere teorico poiché i soci nonostante lo scioglimento non sono liberati dalle obbligazioni verso il committente cosicché la continuazione in perdita della società viene vista sempre come il “*kleine Übel* - piccolo male”.

6.11.2 Conseguenze dello scioglimento

Con lo scioglimento della ARGE e dunque generalmente con la fine dell'esecuzione dei lavori, inizia la liquidazione della ARGE gestita dalla direzione tecnica, nella maniera più veloce possibile, così da ottenere l'esecuzione del collaudo da parte del committente. Da questo momento, inizia a decorrere il tempo di prescrizione per l'uso delle garanzie; il cantiere viene smontato; i beni consumabili residui sono distribuiti tra i soci o venduti e i lavoratori dell'ARGE possono essere assunti dai singoli aderenti. La direzione commerciale prepara entro un mese dalla accettazione da parte del committente dell'ammontare complessivo dei lavori, il bilancio finale, il quale è valido qualora non venga impugnato entro tre mesi dalla sua redazione (art. 8.6 MV-ARGE). Per quanto riguarda la distribuzione dei dividendi bisogna riferirsi all'art. 11.25 MV-ARGE, che permette, anche durante l'esecuzione delle opere edili, la distribuzione di dividendi. Tale ultimo punto viene utilizzato nella prassi soprattutto quando esistono

- Compensi economici particolarmente alti per la consegna di contributi sociali (per spingere i partecipanti ad apportare i propri contributi in maniera puntuale);
- Accesso diretto al capitale, soprattutto quello impiegato in investimenti di lunga durata dell'ARGE o per lo scopo di modificare un conto corrente con un valore immotivatamente elevato.

Normalmente, invece, il pagamento dei dividendi avviene dopo la conclusione dei lavori di realizzazione; in caso di bisogno si applica la disciplina dell'art. 730 e ss. del BGB. Ciò significa che ci saranno le seguenti fasi di liquidazione restituendo macchinari impiegati (art. 732, frase 1 BGB); cristallizzando il fondo patrimoniale della ARGE per l'adempimento dei debiti (interni ed esterni) dell'ARGE (art. 733, comma 1 BGB); restituendo le quote partecipative in danaro (art. 733, comma 2, frase 1 BGB) e distribuendo le eccedenze in base alle quote di partecipazione (art. 734 BGB).

6.12 L'uscita di un socio

L'art. 23 del modello prestampato del contratto elenca i motivi che spingono un socio ad uscire dall'aggregazione, ovvero:

- Recesso del socio per un motivo rilevante ai sensi dell'art. 723, comma 1, frase 2 BGB (art. 23.1 MV-ARGE) o quando sia colposo inopportuno (in questo caso però con l'obbligo di pagamento dei danni a carico del recedente, cfr. art. 723, comma 2, frase 2 BGB);
- Scioglimento di una impresa aderente all'ARGE, quando entro un mese dalla fine del mese in cui si è manifestata l'uscita del socio, gli altri soci decidono a maggioranza l'estinzione della GbR (23.1 MV-ARGE che vale, nonostante esso si scontri con il testo normativo affermato all'art. 3, comma 3 MV-ARGE e non mediante lo scioglimento della società causato da una sua

trasformazione - che è pensabile solo in caso di fusione e scissione - *Aufspaltung* - poiché la trasformazione dell'impresa conduce immediatamente alla sua caduta dall'impianto contrattuale e dunque una sua uscita non è più ipotizzabile poiché l'impresa è già fuori);

- Esclusione di un socio per un motivo importante (soprattutto nel caso di inadempimento di obblighi contrattuali) mediante decisione unanime dei soci superstiti (art. 23.3 MV-ARGE);
- Problemi economici e procedure concorsuali;
- Esecuzione della quota di partecipazione della ARGE o di un macchinario messo a sua disposizione mediante un socio creditore
- Recesso di un creditore sociale ai sensi dell'art. 725 BGB (art. 23.51 MV-ARGE)
- Apertura delle procedure di insolvenza sul patrimonio dei soci o del suo rifiuto in caso di insufficienza (art. 23.51 MV-ARGE)

L'art. 23.6 prevede in ogni caso di uscita la fissazione di un punto temporale in cui ciò avviene. Secondo l'art. 23.7 MV-ARGE il socio può procedere contro la delibera che lo ha escluso se nell'arco di un mese dalla ricezione di una decisione dell'assemblea decide di impugnare il provvedimento. Nel caso in cui non lo faccia l'esclusione sarà considerata da lui accettata.

6.12.1 Conseguenze dell'uscita

Le conseguenze dell'uscita di un socio dell'ARGE sono regolate dall'art. 24 MV-ARGE con differenze rilevanti rispetto alla disciplina contenuta negli artt. 738-740 BGB.

L'ARGE, in caso di uscita di alcuni soci, continua ad esistere (art. 24.1 MV-ARGE) ed i soci residui acquistano le quote di coloro che escono, vedendo così accresciute le loro quote di partecipazione. Nel caso in cui l'ARGE sia composta solamente da due soci quello residuo continua i lavori e porta a conclusione la realizzazione dell'opera da solo.

La direzione commerciale (o in caso di sua uscita il suo successore) deve redigere un bilancio delle controversie alla data di uscita nei confronti del socio che decide di uscire (art. 24.2 MV-ARGE); il socio uscente partecipa in proporzione alle sue quote alle perdite o ai profitti che fino a tale data si sono verificati, così come alle perdite che a questo punto temporale siano già visibili. Se queste ultime non possono essere ancora valutate, alla ARGE spetta un diritto di mantenimento dell'ammontare che spetterebbe all'uscita del socio (art. 24.3 MV-ARGE). Il socio uscente risponde per tutte le obbligazioni che si manifestano successivamente alla sua uscita (incluse le garanzie), ma che derivano da prestazioni compiute precedentemente alla sua decisione, a meno che egli non dimostri una responsabilità esclusiva degli altri partecipanti (art. 24.4 MV-ARGE)⁷¹⁵. I costi dell'uscita sono sopportati dal socio uscente (art. 24.5 MV-ARGE), ma ciò appare controverso nel caso in cui la ARGE abbia fornito un motivo

⁷¹⁵ Alla ARGE spetta un diritto di pegno sui contributi del socio finché egli non adempie a tutti gli obblighi nei confronti dell'ARGE (art. 24.9 MV-ARGE).

sufficiente all'uscita del socio (art. 23.1 MV-ARGE); tutti i contributi (personale, beni consumabili, immobilizzazioni) del socio uscente possono essere utilizzati anche successivamente dalla ARGE in cambio di un corrispettivo (art. 24.9 MV-ARGE). Una minaccia alla stabilità contrattuale si presenta quando una ARGE prende a larga maggioranza alcune decisioni a sfavore di un socio finanziariamente debole. Il pericolo si manifesta quando alcuni aderenti evitano la presa di capitale da parte di tale socio oppure la permettono dietro amento di cauzioni economicamente proibitive lo costringono in *extrema ratio* ad uscire dalla ARGE (cfr. artt. 23.4, 23.5 MV-ARGE) in modo che la quota di utili che sarebbero spettati al socio uscente (art. 24.1 MV-ARGE). Ciò può essere prevenuto inserendo nel contratto societario clausole a favore dei soci di minoranza, oppure se nella conclusione di contratti di ARGE non dominino chiari rapporti di maggioranza. La prassi mostra che solo di volte controversie interne alle ARGE arrivano davanti all'autorità giudiziaria poiché normalmente le imprese hanno grandi interesse a rimanere soci di una ARGE. Infatti il modello prestampato di contratto di ARGE aumenta i diritti per i soci residui andando a sfavore di colui che decide di uscire. Ciò è controverso quando il socio uscente ha ragionevoli motivi per abbandonare l'ARGE. D'altro canto è necessario ricordare che troppi svantaggi a discapito del socio uscente danno luogo alla violazione della disciplina contenuta nell'art. 723, comma 3 BGB (nessuna esclusione per il diritto di recesso)⁷¹⁶.

7. Fondamenti giuridici dell' EWIV - GEIE

Oltre all'ARGE, un altro modello di cooperazione tra imprese, introdotto dal legislatore comunitario per offrire alle imprese europee la possibilità di adottare un unico schema contrattuale uniforme e scevro da differenze, è costituito dal GEIE. Il "Regolamento sul Gruppo europeo di interesse economico" è applicabile nell'ordinamento tedesco a partire dal 1.7.1989 ed ha lo scopo di creare una forma societaria che possa rendere possibile una cooperazione economica disciplinata nella stessa maniera in tutta Europa⁷¹⁷. Il GEIE ha l'obiettivo di superare le "problematiche giuridiche, tributarie e psicologiche"⁷¹⁸ di cooperazione tra imprese che operino in diversi mercati europei grazie ad una normativa uniforme in tutti i Paesi UE⁷¹⁹, che, tuttavia, ne disciplina solamente la fondazione e la

⁷¹⁶ Tale critica viene relativizzata dal fatto che, nella prassi, un recesso così come previsto all'art. 23.1 MV-ARGE non trova applicazione.

⁷¹⁷ Sull'introduzione del GEIE nell'ordinamento tedesco, K. ABMEIER, *Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung und nationales Recht*, in *NJW* 1986, 2987 ss.; J. GANSKE, *Das Recht der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV)*, Colonia, 1988.

⁷¹⁸ Gli aspetti tributari sono stati al centro delle ricerche di parte della dottrina v. K. AUTENRIETH, *Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV)*, *Steuer-Telex*, Colonia, 1990.

⁷¹⁹ IL GEIE permette la cooperazione tra imprese che appartengono a ordinamenti giuridici differenti ma che possono adottare un modello uniforme nell'intera Unione Europea v. R. BOSSERT, *Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV), eine europäische Unternehmensrechtsform für grenzüberschreitende Kooperationen privater und öffentlicher Unternehmen*, in *Archiv PF*, 1990, 236 ss.; H.J. ZAHORKA, *Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV), die einzige transnationale Unternehmensform für Kooperationen in Europa*, Sindelfingen, 2000.

struttura, mentre gli altri profili sono lasciati alla regolamentazione - in alcuni casi molto differente⁷²⁰ - nazionale⁷²¹.

I GEIE sono società di persone (art. 1 EWIV-AG) guidate da un soggetto terzo rispetto ai soci (art. 19) che nell'ordinamento tedesco non dispongono della personalità giuridica, sebbene il regolamento europeo fornisca tale possibilità⁷²². Dal punto di vista della struttura si basano sul modello francese⁷²³ del "groupement d'intérêt économique"⁷²⁴.

Ogni Stato membro è stato obbligato ad introdurre, oltre a tale regolamento anche una legge di spiegazione. Spesso si è affermato che la scarsa disciplina fornita fosse motivata dalla flessibilità che si voleva lasciare alle parti per la creazione di un istituto il più conforme possibile alle singole esigenze.

Inoltre, a causa delle differenze tra le varie legislazioni circa il contenuto del regolamento, è stato necessario accettare diversi compromessi con la conseguenza che i singoli Stati membri hanno disciplinato in base ai propri costumi i GEIE che si insediavano nel loro territorio rendendo di fatto l'uniformità dell'istituto impossibile⁷²⁵. Lo scopo della normativa, che consisteva nel creare una forma societaria unica in modo che le imprese non dovessero decidere a quale ordinamento giuridico fosse meglio sottostare è, dunque, fallito⁷²⁶. Il desiderio di una forma societaria da utilizzare in maniera aperta, flessibile e per ogni scopo lecito ha fatto sì che, a causa delle lacune normative⁷²⁷, la materia presenti diversi punti controversi rendendo, di fatto, l'istituto non poco interessante per le imprese⁷²⁸.

Visto che non esiste un diritto unitario sui GEIE⁷²⁹, trova applicazione la legge del Paese dove il singolo GEIE si stabilisce⁷³⁰. Per questo motivo appare utile la disamina della disciplina sui GEIE che si stabiliscono in Germania, così come introdotta dal legislatore tedesco⁷³¹.

⁷²⁰ Una comparazione tra la disciplina del GEIE nell'ordinamento francese, tedesco e inglese è stata svolta da M. HARTARD, *Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung im deutschen, englischen und französischen Recht, Recht des internationalen Wirtschaftsverkehrs*, Berlino-New York, 1991.

⁷²¹ La finalità cooperativa dei GEIE è stata approfondita da W. BLOMEYER, *Neue Impulse für den Genossenschaftsgedanken: die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung*, in *ZfG* 37, 1987, 144 ss.

⁷²² Sui GEIE costituiti in Germania, K. AUTENRIETH, *Die inländische Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) als Gestaltungsmittel*, in *BB* 1989, 305 ss.

⁷²³ G. KEUTGEN, *Le groupement européen d'intérêt économique*, in *Cahiers de Droit Européen*, 4-5, 1987, 492 ss., si occupa dell'evoluzione del modello del GEIE europeo da quello francese. Sulla stessa linea A. PETELAUD, *La construction de la Communauté Européenne et le groupement européen d'intérêt économique (GEIE)*, in *Revue des Sociétés*, 1986, 191 ss.

⁷²⁴ La disciplina originaria del GEIE nell'ordinamento francese e i suoi risvolti nel diritto lussemburghese sono stati affrontati da A. GOEDERT, *Un nouvel instrument juridique: le groupement européen d'intérêt économique (GEIE), Diagonales à travers le droit luxembourgeois*, 203 ss.

⁷²⁵ J. GANSKE, *Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) – eine neue „supranationale“ Unternehmensform als Kooperationsinstrument in der Europäischen Gemeinschaft*, in *DB*, 20, 1985, identifica il GEIE come uno strumento di cooperazione tra imprese sovranazionale.

⁷²⁶ Sul punto v. C. FRITZ, *Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung*, Vienna, 1997; R. STEDING, *Das Gesellschaftsrecht der EU zwischen Erwartung und Enttäuschung*, in *NZG*, 2000, 913 ss.

⁷²⁷ La questione delle differenze e le relative richieste di integrazione del diritto societario europeo, in particolare per quanto concerne la natura giuridica degli atti societari è presente in C.E. HAUSCHKA, U. SAALFELD, *Entwicklungslinien und Integrationsfragen der gesellschaftsrechtlichen Akktypen des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, in *AG* 1990, 85 ss.

⁷²⁸ Le conseguenze dell'introduzione di tale nuova figura societaria nella prassi delle imprese sono stati affrontati da H.W. NEYE, *Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung - eine Zwischenbilanz*, in *DB*, 1997, 861 ss.

⁷²⁹ Una precisa analisi di diritto comparato sulla disciplina del GEIE è stata condotta da C. MÜLLER-GUGENBERGER e P. SCHOTTHÖFER (a cura di), *Die EWIV in Europa, Texte und Erläuterungen aus Rechtsvergleichender Sicht*, Monaco, 1995.

7.1 Disciplina applicabile

7.1.1. Il diritto societario della società prima della sua costituzione

I soci di un costituendo GEIE sono legati tra loro giuridicamente e sottostanno prima della stipula del contratto societario alle regole generali del diritto privato internazionale⁷³²; il regolamento non trova alcuna applicazione prima della nascita di un GEIE. Per questo motivo, nel contratto preliminare della costituzione di un GEIE è opportuno stabilire quale ordinamento scegliere per la fase pre-costitutiva.

Conseguentemente allo scopo bisogna scegliere l'applicazione del diritto di quello Stato in cui tale tipo aggregativo avrà la sua sede. Se la fase pre-costitutiva di un GEIE viene regolamentata secondo l'ordinamento tedesco, trovano applicazione le norme sulla GbR interna (artt. 705 ss.), ai sensi delle quali la responsabilità dei fondatori esiste per i vincoli societari già prima della fondazione del GEIE⁷³³.

L'art. 9, comma 2 del regolamento (responsabilità dei fondatori), ovvero quello che richiede la stipula di un contratto societario, trova applicazione sulla fase successiva. Con la conclusione del contratto la pre-società si estingue ai sensi dell'art. 726 BGB per il raggiungimento dello scopo prefissato. Essa non è identica al GEIE nascente e nemmeno a quello successivo all'iscrizione nel registro delle imprese. Per questo motivo i singoli beni patrimoniali della pre-società devono essere singolarmente trasferiti al patrimonio del GEIE⁷³⁴.

7.2 Il diritto societario di un GEIE già iscritto nel registro delle imprese

Il diritto societario di un GEIE è regolato da tre fonti gerarchicamente organizzate tra loro, *in primis* trova applicazione il regolamento comunitario sui GEIE che vale uniformemente in tutta l'UE⁷³⁵. Detta fonte è sovraordinata al diritto tedesco ordinario ed è destinata a prevalere in caso di contrasti con normative interne. Il regolamento presenta norme vincolanti dalle quali è possibile discostarsi solo se tale possibilità è espressamente prevista; se nel regolamento non è regolato un determinato evento, si prende in considerazione in Germania il EWIV-AG; se in entrambi i provvedimenti normativi manca

⁷³⁰ Sui problemi giuridici e le sue possibili soluzioni nel diritto Tedesco v. F. KLEIN-BLENKERS, *Wirtschaftliche Bedeutung und rechtliche Fragen zur Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung*, in DB, 1994, 222 ss.

⁷³¹ Tale figura di cooperazione tra imprese e la sua disciplina è stata approfondita in dettaglio da C. HATZIG, *Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung*, Frankfurt, 1990.

⁷³² Sulle relazioni tra il GEIE e il Diritto privato europeo v. J. BASEDOW, *Europäisches Internationales Privatrecht*, in NJW 1996, 1921 ss.

⁷³³ Cfr. R. WEIMAR, *Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung im Gründungsstadium*, in DZWir. 11, 1997, 441 ss., che si focalizza, in particolar modo sulla fase precedente all'iscrizione del GEIE.

⁷³⁴ Al pre-GEIE si applica il regolamento poiché le singole misure non necessitano del requisito dell'iscrizione per la loro validità; in alternativa anche per il pre-GEIE può trovare applicazione la disciplina del diritto privato internazionale; laddove si opti per il diritto tedesco entra in gioco anche la normativa sulla GbR (a meno che non si tratti di GEIE già registrato che sottostà alla disciplina delle OHG). Il pre-GEIE è identico a quello successivo all'iscrizione.

⁷³⁵ Sui profili legati al diritto societario tedesco e comunitario cfr. C. BERNSTORFF, *Das Unternehmensrecht in Europa*, in EWS 1998, 397 ss.; U. BLAUROCK, *Europäisches und deutsches Gesellschaftsrecht – Bilanz und Perspektiven eines Anpassungsprozesses*, in ZEuP, 1998, 460 ss.; M. DECKERT, *Europäisches Unternehmensrecht*, in EWS 1996, 265 ss.; C. T. EBENROTH, *Entwicklungstendenzen im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht*, in JZ 1991, 1061 ss.

una regolamentazione, si applicano (art. 1 EWIV-AG) in via sussidiaria le regole sulla OHG (artt. 105 ss. HGB in combinato disposto con gli artt. 705 ss. BGB).

Per gli altri settori giuridici, come quello del diritto del lavoro, o quello sociale, della concorrenza⁷³⁶, di autore, della contabilità etc. trova applicazione il diritto dello Stato in cui il GEIE ha sede (cfr. considerando nr. 1 e 15 del regolamento sui GEIE)⁷³⁷.

7.3 Liceità del GEIE

Un GEIE può essere costituito in maniera lecita quando sono rispettate le seguenti condizioni: i soci (partecipanti) devono provenire da almeno due diversi Paesi membri; la direzione deve essere affidata a soggetti, anche estranei alla società, sia nei rapporti interni che nei rapporti esterni; il capitale sociale non è obbligatorio; i partecipanti determinano nel contratto societario la modalità di funzionamento di un GEIE; i soci rispondono delle obbligazioni in maniera solidale e illimitatamente⁷³⁸. L'iscrizione al registro delle imprese e la trasmissione delle comunicazioni necessarie rispondono alla volontà di tutelare i terzi ed il mercato degli affari. L'attività di un GEIE (in maniera simile a quella di una cooperativa) è limitata al sostegno dei suoi partecipanti e dunque ad attività di assistenza⁷³⁹.

Il GEIE ha lo scopo di facilitare o sviluppare l'attività economica dei suoi membri per permettere a questi ultimi di incrementare i propri risultati, mentre una società persegue generalmente uno scopo di lucro per sé stessa (art. 3, comma 1). Il GEIE, dunque, non è un'impresa autonoma che sussiste sul mercato, bensì uno strumento per agevolare la cooperazione di singole imprese che agiscono singolarmente sul mercato⁷⁴⁰. Il fatto che il GEIE non si prefigga lo scopo di raggiungere un profitto, non deve essere valutato come un divieto in tal senso, bensì sottolinea solamente il carattere mutualistico della figura. Il GEIE fu ipotizzato come strumento di lavoro in squadra per le imprese nei settori della ricerca e sviluppo, trasporto, logistica, acquisti e vendite, partecipazione a bandi, pubblicità, svolgimento di grandi progetti soprattutto nel settore delle costruzioni. Per assicurare la funzione esclusivamente mutualistica del GEIE, l'art. 3, comma 2, contiene l'elenco delle attività che gli sono precluse; così il GEIE non può controllare o dirigere le attività dei propri partecipanti o di terzi⁷⁴¹; non

⁷³⁶ K.E. V. D. HEYDT, W.G. V. RECHENBERG, *Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung unter besonderer Berücksichtigung gesellschafts-, steuer- und kartellrechtlicher Aspekte*, Stoccarda, 1991, si sono dedicati alla figura del GEIE, analizzando, in particolar modo, gli aspetti relativi al Diritto alla Concorrenza.

⁷³⁷ Per un'interpretazione dei GEIE conforme al diritto comunitario è richiesta l'opera anche dei tribunali tedeschi. Bisogna però considerare l'art. 234 del TFUE che prevede il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea che ha "il diritto all'ultima parola".

⁷³⁸ Sull'accettazione del GEIE come una forma societaria autonoma v. D. FUNKAT, *Die praktische Akzeptanz der EWIV als Gesellschaftsform*, in *EWV*, 1998, 122 ss.

⁷³⁹ Nel rispetto di questo limite, può tuttavia compiere quelle attività non vietate dal legislatore nazionale.

⁷⁴⁰ Sulla funzione del GEIE quale strumento per aumentare la cooperazione tra le imprese v. K. ALTHOFF, *Die EWIV als Kooperationsinstrument des Mittelstandes*, Hannover, 1994.

⁷⁴¹ Cfr. K. GLEICHMANN, *Zur Zulässigkeit der Wahl der Firma bei der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (Urteilsanmerkung zu AG München, BB 1990, 160)*, in *EuZW*, 1990, 136 ss.

può detenere partecipazioni societarie nelle società che lo compongono ed impiegare più di 500 persone; non può in determinate condizioni richiedere un mutuo bancario ed essere socio di un altro GEIE; infine non può in nessuna maniera finanziarsi sul mercato dei capitali⁷⁴².

7.4 Stipula del contratto di fondazione di un GEIE

Secondo l'art. 1, comma 1 e l'art. 6 del Regolamento sul GEIE per la fondazione di un GEIE sono necessari la stipula di un contratto societario e l'iscrizione nel registro delle imprese nel Paese in cui il GEIE ha sede⁷⁴³.

I soci possono disciplinare i loro rapporti contrattuali e l'organizzazione interna del GEIE nella maniera che ritengono più consona alle loro finalità (considerando 4 del Regolamento comunitario sul GEIE) restando il rispetto delle norme inderogabili dello Stato in cui il GEIE ha sede (art. 2, comma 1). Il riferimento non vale per le tematiche inerenti alla capacità di agire delle persone fisiche e di quelle giuridiche che invece sono disciplinate dal diritto privato internazionale⁷⁴⁴.

Per quanto riguarda gli obblighi di forma, il contratto deve essere redatto per iscritto al fine dell'iscrizione ai sensi dell'art. 7⁷⁴⁵; non risulta invece necessario ricorrere all'atto notarile e provvedere come contenuto minimo il nome della società; sede; oggetto sociale; dati dei soci; durata ai sensi dell'art. 5 del Regolamento⁷⁴⁶.

Il contratto, oltre ad indicare il nome della società, deve contenere l'aggiunta della sigla "Gruppo Europeo di Interesse Economico - GEIE". Nonostante la controversa formulazione dell'art. 5, lett. a del Regolamento e dell'art. 2, comma 2, nr. 1 EWIV-AG la dicitura è parte integrante della denominazione societaria, alla quale si applica la legislazione prevista nell'ordinamento tedesco agli artt. 17 ss. HGB. Il GEIE può avere qualsiasi nome che possa aiutare la sua individualizzazione sul mercato (cfr. art. 18 HGB).

La sede deve essere stabilita dal contratto costitutivo del GEIE; può essere in qualsiasi Paese membro ed è liberamente decisa dalle parti (art. 12, frase 1). L'unica limitazione consiste nel fatto che essa può essere nel Paese dove ha sede il GEIE, o in quella di uno dei partecipanti, se in quel luogo

⁷⁴² R. KÖSTLER, *Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung - die erste europäische Unternehmensform, Die Mitbestimmung*, 1989, 350 ss., definisce il GEIE come il primo tipo societario di Diritto Europeo; sulla stessa linea A. MEYER-LANDRUT, *Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) als neues Instrument für grenzüberschreitende Kooperation*, in *WPK-Mitt.* 1989, 56 ss.; ID. *Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) - Eine neue Gesellschaftsform europäischen Rechts*, in *RIW/AWD*, 1986, e C. MÜLLER-GUGENBERGER, *EWIV - Die neue europäische Gesellschaftsform*, in *NJW*, 1989, 1449 ss.

⁷⁴³ La fondazione di un GEIE, costituito nella Repubblica Federale Tedesca, è stato affrontato da C. GLORIA, E.A. KARBOWSKI, *Die EWIV, Rechtsgrundlagen, Zweck und Unternehmensgegenstand sowie Gründung der EWIV mit Sitz in der Bundesrepublik*, in *WM* 1990, 1313 ss.

⁷⁴⁴ Il GEIE e gli altri modelli societari di Diritto europeo sono stati approfonditi da R. STEDING, *Europäische Rechtsformen für Unternehmen: EWIV sowie SE und SCE*, in *Betrieb und Wirtschaft*, 2002, 197 ss.

⁷⁴⁵ I Profili di disciplina del GEIE precedenti alla sua iscrizione nel registro delle imprese sono stati affrontati da G. LENZ, *Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland vor Eintragung*, Berlino, 1997.

⁷⁴⁶ Sul punto K. GLEICHMANN, *Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung*, in *ZHR* 149, 1985, 633 ss.

anche il GEIE svolge un'attività (art. 12, frase 2). Una violazione dell'art. 12 porta allo scioglimento del GEIE per mezzo dell'autorità giudiziaria se nel frattempo non è stata sanata tale causa.

Il contratto societario deve indicare l'oggetto sociale e la durata del GEIE quando è limitata ad un periodo di tempo determinato. Per quanto riguarda l'iscrizione del GEIE, essa deve essere svolta nel registro delle imprese con effetto costitutivo (art. 1, comma 2)⁷⁴⁷. Il registro presso cui effettuare l'iscrizione è quello nel cui comprensorio il GEIE ha sede; a differenza delle oHG e della normativa prevista dall'art. 106, comma 1 HGB, per il GEIE non si fa riferimento al luogo ove si svolge la direzione della società (come nelle oHG), ma a quello previsto dal contratto. Il GEIE viene iscritto, nel registro successivamente allo svolgimento del controllo sulle condizioni formali e materiali e nel caso in cui esso abbia un riscontro positivo⁷⁴⁸. Le informazioni obbligatorie da fornire comprendono anche il nome del direttore della società, il perimetro dei suoi poteri di rappresentanza (art. 2, comma 2, nr. 5 EWIV-AG) e all'atto dell'iscrizione devono essere aggiunti il contratto sociale e gli atti di nomina dei rappresentanti (art. 7); oltre a tali elementi, l'art. 1 EWIV-AG richiede il deposito di altri documenti, quale ad esempio, in base all'art. 53 HGB, l'atto di procura se presente⁷⁴⁹.

Per la tutela del terzo in buona fede e del funzionamento del mercato valgono anche per i GEIE gli effetti della pubblicità dell'iscrizione al registro prevista per le oHG ai sensi dell'art. 9, comma (cfr. art. 15 HGB). A differenza dell'art. 108 HGB l'obbligo di iscrizione non spetta ai singoli soci bensì, secondo l'art. 3, comma 1, frase 1 EWIV-AG, solamente alla direzione della società. Il registro delle imprese deve preoccuparsi che i dati iscritti vengano inseriti nella rete telematica (art. 10 HGB registro delle imprese elettronico) e che siano trasferiti nel termine di un mese dalla comunicazione all'ufficio dell'Unione Europea responsabile per la pubblicazione della Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (art. 4, comma 2 EWIV-AG).

7.5 I rapporti interni

Le condizioni per la realizzazione della società sono un soggetto giuridico o una persona giuridica di diritto pubblico o privato che abbia sede e amministrazione centrale in un Paese Europeo; attività economica e almeno due soci con sede in Paesi membri differenti⁷⁵⁰.

L'art. 4 stabilisce chi può essere socio di un GEIE, ovvero "le società, ai sensi dell'articolo 58, secondo comma del trattato, nonché gli altri Enti giuridici di diritto pubblico o privato, costituiti conformemente alla legislazione di uno stato membro che hanno la sede sociale o legale e

⁷⁴⁷ Cfr. C. HAUSMANINGER (a cura di), *Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung*, Vienna, 1995.

⁷⁴⁸ Gli elementi comunicati ed iscritti nel registro delle imprese rappresentano gli elementi essenziali del contratto societario (art. 5 in combinato disposto con l'art. 2, comma 2 EWIV-AG).

⁷⁴⁹ Su tali profili del GEIE e sull'applicabilità delle norme di diritto Societario v. A.J. LENTNER, *Das Gesellschaftsrecht der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV)*, Studien zum Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Baden-Baden, 1994.

⁷⁵⁰ Sul punto v. W.G. V. RECHENBERG, *Die EWIV - Ihr Sein und Werden*, in ZGR, 1992, 299 ss.

l'amministrazione centrale nell'Unione Europea⁷⁵¹; qualora, secondo la legislazione di uno stato membro, una società o altro ente giuridico non sia tenuto ad avere una sede sociale o legale è sufficiente che la società o altro ente giuridico abbia l'amministrazione centrale nell'Unione Europea" ma anche "le persone fisiche che esercitano un'attività industriale, commerciale, artigianale, agricola, una libera professione o prestano altri servizi nell'Unione". L'unica condizione è che esse svolgano attività economica (art. 3, comma 1, frase 1)⁷⁵². Il diritto tedesco comprende, sia le società di capitali, sia quelle di persone⁷⁵³. Visto che i soci di un GEIE devono prestare un'attività economica, una GbR con mere finalità interne non può partecipare a tale tipo societario. Il perimetro delle possibili società partecipanti è esteso dalla formulazione "altri Enti giuridici di diritto pubblico o privato" con la quale si intendeva comprendere le società che non avevano una finalità di vendita, ma solo scopi interni, le imprese statali e quelle costituite per scopi di ricerca⁷⁵⁴. Anche le GbR che non esercitano attività commerciale rientrano in tale categoria. Il quinto considerando del regolamento stabilisce, per quanto riguarda i liberi professionisti, che il GEIE non può esercitare una libera professione, ma si può limitare esclusivamente a svolgere compiti comuni, quali ad esempio un unico ufficio di segreteria⁷⁵⁵.

I possibili partecipanti devono rispettare il diritto nazionale dello stato che li ospita ed avere, oltre alla sede dello statuto, anche la direzione in un Paese membro o per le persone fisiche, esse devono svolgere la propria attività principale nell'Unione. A partire dal primo gennaio 1994 possono partecipare ai GEIE anche imprese stabilite in uno dei Paesi del mercato comune (art. 77 e allegato 22 del trattato EWR). Condizione inderogabile è che i soci siano stabiliti in almeno due Paesi diversi (art. 4, comma 2). In questo senso le caratteristiche pratiche devono essere l'amministrazione principale per le persone giuridiche e l'attività principale per le persone fisiche. Se tale requisito non viene rispettato e quindi il carattere transfrontaliero non si manifesta il GEIE deve essere sciolto ai sensi dell'art. 31, comma 3.

7.5.1 Il diritto dei soci

Nell'organizzazione dei rapporti contrattuali, così come della struttura interna, i soci godono della massima libertà. L'assemblea dei soci è, insieme ai direttori della società, l'organo più importante del

⁷⁵¹ Circa la partecipazione delle Piccole e medie imprese nei GEIE v. K.W. BURIAN, *EWIV für den Mittelstand*, in *WR*, 1993, 165 ss.

⁷⁵² Il quinto considerando del Regolamento afferma che il concetto di attività economica deve essere interpretato in maniera estensiva comprendendo ogni attività che normalmente dà luogo ad un compenso economico. Il concetto di "società ai sensi dell'art. 58, comma 2 del TFUE" comprende ogni forma di impresa presente nel mercato comunitario e che le parti possono concludere.

⁷⁵³ In merito alla partecipazione degli operatori economici ai GEIE A. BACH, *Die BGB-Gesellschaft als Mitglied einer Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV)*, in *BB* 1990, 1432 ss.

⁷⁵⁴ Sul tema del GEIE ed in particolare sulla sua funzione di lavoro in comune nell'ambito delle transazioni tra diversi Stati europei v. R. DOERING, *Grenzüberschreitende wirtschaftliche Zusammenarbeit in Europa (EWIV)*, Bonn, 1993.

⁷⁵⁵ L'ordinamento tedesco non si è avvalso della possibilità offerta dal regolamento all'art. 4, commi 3 e 4 per l'esclusione di tipi societari dalla partecipazione ai GEIE, il quale, per essere uguale dal punto di vista strutturale nell'intera Unione Europea, deve rispettare inderogabilmente requisiti posti all'art. 4, comma 1.

GEIE, poiché ad essa è demandata la risoluzione di qualsivoglia controversia (art.16, comma 2). Il contratto societario può prevedere la creazione di altri organi e deciderne i compiti (art. 16, comma 1, frase 2).

Ogni socio è titolare di almeno un diritto di voto (art. 17, comma 1, frase 1); tuttavia ai singoli membri è lasciata la possibilità di distribuire differentemente tale titolarità con l'unico limite che non è possibile dotare un partecipante di un numero di voti che gli consentano di avere la maggioranza in assemblea (art. 17, comma 1, frase 2)⁷⁵⁶.

Per quanto riguarda l'esercizio del diritto di voto, il regolamento non stabilisce nulla; per questo motivo e per le controversie che possono nascere dalla modalità di decisione o dalla struttura interna della società è necessario far riferimento all'ordinamento dello Stato in cui il GEIE ha sede, così come previsto dall'art. 2. In dottrina è controverso il valore di un'eventuale astensione, ovvero se essa sia o meno sufficiente a bloccare una votazione all'unanimità⁷⁵⁷.

Altri affermano che il criterio dell'unanimità protegge le minoranze solo quando devono essere approvate delibere che le possano pregiudicare, mentre un'astensione non rappresenta una decisione contraria e per questo motivo essa non può bloccare una votazione unanime⁷⁵⁸. Una decisione è presa all'unanimità nel GEIE - come nella OHG - quando tutti i soci, e non solo quelli presenti, abbiano votato. L'unanimità è richiesta inderogabilmente ai sensi degli artt. 17, comma 2, lett. a-e; 14, comma 1, frase 3; 22, comma 1; 26, comma 1; 27, comma 1 e 28, comma 2 nei seguenti casi:

- Modifica dell'oggetto sociale;
- Modifica del numero dei partecipanti;
- Modifica delle condizioni per la realizzazione di decisioni;
- Allungamento della vita del GEIE oltre al termine fissato nel contratto;
- Modifica dei doveri di contribuzione;
- Spostamento della sede in un altro Stato;
- Cessione di una quota di partecipazione;
- Decisione sull'ingresso di un nuovo partecipante;
- Esclusione di un partecipante da parte del GEIE;
- Ingresso del successore al posto del partecipante deceduto.

Per il seguente elenco di decisioni, invece, si richiede il criterio dell'unanimità, salva la diversa previsione del contratto societario (art. 17, comma 3):

⁷⁵⁶ Su tali aspetti v. P. SELBHERR, G. MANZ (a cura di), *Kommentar zur Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV)*, Baden-Baden, 1995.

⁷⁵⁷ Secondo la visione della maggioranza degli autori l'astensione non consente di raggiungere l'unanimità, con conseguente impossibilità di adottare la delibera ove per la stessa sia richiesto il voto favorevole di tutti i soci.

⁷⁵⁸ Sebbene si tratti di un problema rilevante per la dottrina fino ad oggi non c'è stato nessun provvedimento giudiziale in materia, per cui è sicuramente consigliabile regolamentare tale punto nel contratto societario.

- Modifiche dei doveri dei partecipanti ad esclusione di quello di contribuzione (art. 17, comma 2, let. f)
- Altre modifiche non ricomprese nell'elenco posto all'art. 17, comma 2 (art. 17, comma 2, let. g)
- Condizioni per la nomina ed esonero della direzione della società e il perimetro del suo potere (art. 19, comma 3)
- Pegno o ipoteca sulla quota di un socio nel GEIE (art. 22, comma 2);
- Condizioni per la continuazione dell'esistenza di un GEIE e per l'uscita di un socio (art. 30)
- Scioglimento del GEIE.

Per adottare una decisione ogni socio ed ogni direttore ha il diritto, ai sensi dell'art. 17, comma 4, di convocare l'assemblea. Per la validità delle decisioni non è necessaria la presenza di ogni aderente, bensì è sufficiente anche la comunicazione del voto per iscritto o in un'altra forma di comunicazione⁷⁵⁹.

L'art. 18 attribuisce ad ogni socio il diritto imprescindibile di avere informazioni dalla direzione circa le condizioni del GEIE e di prendere visione di ogni libro o documento che egli desidera⁷⁶⁰. Non è regolamentata la possibilità di rifiutare l'esercizio di tale diritto, ma analogicamente all'art. 51 a, comma 2 GmbHG, ciò dovrebbe verificarsi in caso di esercizio abusivo di tale diritto.

Secondo l'art. 3, comma 1 il GEIE non ha finalità lucrative per se stesso. Ciò non esclude che esso possa raggiungere profitti che ricadono direttamente nella sfera dei singoli partecipanti ai sensi dell'art. 21, comma 1, in base al criterio di divisione degli utili sancito nel contratto societario o, ove il contratto non stabilisca nulla su questo punto, in parti uguali tra i membri. Per il raggiungimento dell'oggetto sociale si può, con tali somme, creare una riserva patrimoniale.

Nel regolamento non sono contenute normative sul diritto di prelievo e su quello di rimborso dei contributi pagati; per questo motivo trova applicazione la normativa prevista agli artt. 110 e 122 HGB. Nel caso dell'uscita di un socio l'art. 33 gli consente di ottenere una somma, da calcolare in base al valore effettivo del patrimonio della società al momento dell'uscita dell'aderente⁷⁶¹. Per le procedure di tale controversia e per la realizzazione dei diritti che spettano al socio uscente vale quanto affermato negli artt. 2, comma 1 e 1 EWIV-AG in combinato disposto con l'art. 105, comma 3 HGB, gli artt. 738 e 740 BGB. La quota del socio uscente viene distribuita agli altri soci mediante accrescimento, egli ha diritto a riavere indietro i beni non utilizzati e tutto ciò che aveva apportato per il funzionamento del GEIE, in aggiunta gli spetta la somma che avrebbe maturato allo scioglimento del GEIE; partecipa a

⁷⁵⁹ Sui rapporti interni di un GEIE v. P. BURKHALTER, *Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) und ihre konzernrechtlichen Beziehungen*, Zürich, 1998.

⁷⁶⁰ Sul diritto all'informazione di ogni singolo partecipante cfr. G. FEY, *Rechnungslegungs- und Prüfungspflichten Europäischer Wirtschaftlicher Interessenvereinigungen*, in *DB*, 1992, 233 ss.

⁷⁶¹ Il valore di tale diritto non può essere predefinito precedentemente su base forfettaria (art. 33, comma 2)

tutte le attività iniziate prima della sua uscita e può pretendere una percentuale per tutte le operazioni in corso.

7.5.2 Gli obblighi dei soci

Il regolamento sui GEIE non obbliga i soci a costituire un fondo comune e non contiene la disciplina sull'obbligo di apporto dei contributi da parte dei partecipanti per cui si applica la normativa fissata agli artt. 105, comma 3 HGB e 706 HGB⁷⁶².

I soci devono sopportare - a meno che il contratto non stabilisca diversamente - nella stessa misura le perdite (art. 21, comma 2). Se un socio decide di uscire e il patrimonio del GEIE diventa insufficiente a raggiungere lo scopo prefissato, egli dovrà pagare un ammontare in proporzione alla sua precedente partecipazione per "pareggiare i conti" (art. 739 BGB).

Per qualsiasi obbligazione del GEIE rispondono solidalmente e illimitatamente i soci (art. 24, comma 1). Secondo il decimo considerando del regolamento tale modalità di responsabilità può subire limitazioni solamente mediante accordi con i creditori. Questi ultimi devono soddisfare le proprie pretese ai sensi dell'art. 24, comma 2, sul GEIE prima di potersi rivolgere ai singoli soci (sussidiarietà della responsabilità). La solidarietà tra i partecipanti si basa in genere sul debito complessivo (artt. 421 ss. BGB). Un nuovo socio del GEIE risponde per ogni obbligazione anche precedente al suo ingresso a meno che tale regola non sia modificata ai sensi dell'art. 26, comma 2 e che l'esclusione sia stata comunicata in maniera sufficiente (cfr. artt. 7 e 8). Un socio uscente risponde, secondo l'art. 34 in combinato disposto con l'art. 24, anche per tutte le obbligazioni sorte quando era ancora socio⁷⁶³. Il GEIE rispecchia, per quanto riguarda il vincolo tra i soci, la disciplina della GbR, oHG e KG; per questo motivo, come in queste società, esso risponde secondo i criteri dell'art. 708 BGB (responsabilità per i propri affari).

7.6 Modifiche nella composizione contrattuale

7.6.1 Uscita

I motivi che giustificano l'uscita di un socio possono essere:

- Una persona fisica che esce dal GEIE per la sua morte (art. 28, comma 1);
- Le persone giuridiche e le società di persone escono dal GEIE ai sensi dell'art. 28, comma 1 con il loro scioglimento;

⁷⁶² Per quanto riguarda l'obbligo di pagamento degli interessi moratori di contributi pagati non in regola con i tempi prefissati e i prelievi ingiustificati si applica l'art. 111 HGB. Il regolamento non contiene una disciplina specifica per tali punti che però sono indispensabili ai sensi dell'art. 27, comma 2.

⁷⁶³ La prescrizione contro i diritti del socio uscente è contenuta nell'art. 37 (massimo 5 anni) mentre la responsabilità per gli atti compiuti da chi non era legittimato segue la disciplina dell'art. 9, comma 2.

- Un socio deve uscire quando egli, come persona fisica, svolge la sua attività principale in uno Stato terzo o smette di portarla avanti o quando, come persona giuridica, sposta la sua sede in un Paese extra-comunitario (cfr. art. 4, comma 1);
- Secondo l'art. 28, comma 1, frase 2 in combinato disposto con l'art. 8 EWIV-AG l'apertura di una procedura di insolvenza sul patrimonio del socio lo costringe ad uscire;
- Se il contratto lo prevede, un socio può, ai sensi dell'art. 27, comma 1, recedere unilateralmente dal contratto. Se il contratto non prevede tale possibilità il recesso è possibile solo con l'accordo di tutti gli altri soci o per giusta causa;
- Secondo l'art. 27, comma 2, i soci possono escludere un partecipante se nel contratto è sancito un motivo particolare o se egli viola con dolo i propri doveri o causa forti disturbi al lavoro degli altri. Se il contratto non prevede nulla di differente, una decisione di questo tipo può essere presa solo dopo la pronuncia dell'autorità giudiziaria su richiesta della maggioranza degli aderenti.

L'uscita di un singolo comporta lo scioglimento del rapporto sociale, mentre il GEIE continua ad esistere (art. 30) a meno che nel contratto non sia stabilito differentemente⁷⁶⁴. Anche le condizioni per lo sviluppo successivo della società derivano dal contratto o dalla decisione unanime dei soci residui. Alla direzione, spetta il compito di informare i soci dell'uscita di un aderente e di occuparsi della pubblicizzazione necessaria dell'evento (art. 29); infatti la circostanza dell'uscita di un socio deve essere comunicata al registro delle imprese (artt. 7, 8 del regolamento e 2, comma 3 nr. 1 EWIV-AG in combinato disposto con il comma 2, nr. 4). Oltre alla direzione, alla comunicazione è legittimato anche ogni socio⁷⁶⁵.

7.6.2 Ingresso

Un nuovo socio può entrare mediante decisione unanime (art. 26, comma 1). La direzione ha poi il compito di darne comunicazione al registro delle imprese. L'ingresso deve essere iscritto e pubblicizzato adeguatamente (artt. 5 e 8 del regolamento; 2, comma 3 nr. 1 in combinato disposto con il comma 2, nr. 4 e l'art. 3, comma 1, frase 1 EWIV-AG)

La cessione di una quota ad un altro aderente o ad un terzo può essere realizzata secondo l'art. 22, comma 1 solo con l'accordo di tutti gli altri soci. Con il consenso di tutti gli altri partecipanti la quota può, secondo l'art. 22, comma 2, essere concessa in garanzia e dunque essere data in pegno. È escluso,

⁷⁶⁴ Sui profili riguardanti lo scioglimento del GEIE v. W. BÖHRINGER, *Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV)*, in *BWNotZ*, 1990, 129 ss.

⁷⁶⁵ Secondo l'art. 28, comma 2 gli eredi di un partecipante defunto non subentrano automaticamente nella società, poiché i membri superstiti possono sia disciplinare tale punto in maniera diversa nel contratto sia, dopo la morte di un partecipante, decidere all'unanimità la continuazione della società con un suo erede.

però, che chi detiene la quota in pegno diventi membro del GEIE (art. 22, comma 2, frase 2), abbia il diritto di voto ed eserciti i quelli sociali.

7.7 Rappresentanza del GEIE

L'art. 20 disciplina la rappresentanza organica del GEIE, affidata alla sua direzione e non ai singoli soci⁷⁶⁶. Il direttore può obbligare il GEIE anche quando l'attività compiuta non rientra tra le sue competenze, a meno che il *partner* contrattuale sia a conoscenza di ciò o avrebbe dovuto esserlo (art. 20, comma 1, frase 2)⁷⁶⁷. Secondo l'art. 20, comma 2, il contratto può prevedere una rappresentanza contitolata tra 2 o più soggetti, ma ciò può essere opposto nei confronti dei terzi solo quando è stato pubblicizzato in maniera adeguata. La rappresentanza di un direttore e di un soggetto al quale è stata data una procura (imperfetta rappresentanza complessiva) è permessa, ed in questo caso la mancata azione del procuratore ai sensi dell'art. 20, comma 2 non può essere opposta ad un terzo secondo l'art. 15, comma 1 HGB, mentre ciò è possibile se a mancare è la firma del direttore. Altre limitazioni del potere di rappresentanza non possono essere obiettate dai terzi se pubblicizzate a sufficienza (art. 20, comma 1, frase 3).

Per la rappresentanza negli atti giuridici del GEIE, il regolamento comunitario non stabilisce nulla; per questo motivo trova applicazione la normativa fissata agli artt. 48 ss. HGB, secondo cui il GEIE può concedere procura e delegare soggetti terzi a eseguire azioni determinate.

7.7.1 Nomina ed esonero della direzione societaria

La nomina, l'esonero, i diritti, gli obblighi della direzione societaria, così come le sanzioni in caso di violazione degli obblighi sono disciplinati agli artt. 19 e 20 ed in maniera maggiormente dettagliata nell'EWIV-AG. Secondo la normativa vigente nei GEIE - a differenza delle oHG - non esistono direttori "nati", bensì essi devono essere nominati e svolti esclusivamente da persone fisiche⁷⁶⁸.

Direttori della società possono essere sia suoi membri, sia soggetti terzi; l'art. 19, comma 1, frase 2 esclude, tuttavia, una serie di soggetti. Le inammissibilità possono derivare dal diritto applicabile alla direzione, da quello dello Stato in cui il GEIE ha sede o nello Stato membro o terzo in cui è stato emesso e riconosciuto un giudizio di questo tipo⁷⁶⁹. Nel contratto societario, o in una decisione da prendere all'unanimità, devono trovarsi le condizioni per la nomina e l'esonero della direzione societaria

⁷⁶⁶ I profili legati alla rappresentanza del GEIE e i suoi risvolti nel diritto societario tedesco sono al centro dell'interesse di D. KÖHL, *Einfluss der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung auf das Prinzip der Selbstorganschaft am Beispiel der Veränderung der Strukturen des deutschen Gesellschaftsrechts durch europäische Rechtssetzung*, Francoforte, 2001.

⁷⁶⁷ Sul punto cfr. G. JAHN, *Die gemeinschaftlich handelnden Mitglieder einer deutschen Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV)*, Berlino, 1996.

⁷⁶⁸ L'art. 19 del regolamento consente agli Stati di prevedere la composizione mediante persone giuridiche se esse sono rappresentate da persone fisiche. Il legislatore tedesco, tuttavia, non si è avvalso di tale opportunità.

⁷⁶⁹ Così, ad esempio, una persona che secondo una sentenza di diritto svizzero riconosciuta dal diritto tedesco non può diventare direttore di un GEIE non lo potrà essere in alcun altro Stato.

così come il perimetro dei loro poteri (art. 19, comma 3). Il primo direttore deve essere nominato all'atto di costituzione del GEIE; secondo l'art. 2, comma 2, nr. 5 la comunicazione del GEIE al registro delle imprese per l'iscrizione - svolta dal direttore della società - deve contenere anche i dati e i poteri di chi assume la direzione; nella comunicazione bisogna assicurare che non esistono motivi ostativi alla nomina e che il direttore sia stato reso edotto del dovere di informazione in caso di richiesta da parte dell'autorità giudiziaria (art. 3, comma 3 EWIV-AG). La comunicazione di dati falsi costituisce una violazione penale ai sensi dell'art. 13 EWIV-AG, per questo il direttore viene edotto generalmente da un notaio il quale autentica anche la comunicazione al registro delle imprese (cfr. art. 3, comma 3, frase 2 EWIV-AG)⁷⁷⁰; anche l'esonero viene deciso all'unanimità in base alle regole stabilite nel contratto o in una delibera precedente; se essa manca l'esonero deve essere deciso all'unanimità e può, ai sensi dell'art. 7 EWIV-AG, essere presentato in qualsiasi momento, fermo restando il diritto al risarcimento del danno da parte del direttore estromesso⁷⁷¹.

I diritti del direttore, soprattutto quelli nei confronti del GEIE, si evincono dal contratto, dalle regole generali e dal suo contratto di assunzione. Secondo l'art. 5, comma 1, frase 1 del EWIV-AG l'obbligazione principale del direttore consiste nell'esecuzione della sua attività con la diligenza necessaria per dirigere una società e nel mantenere il dovere di silenzio (art. 5, comma 1, frase 2 EWIV-AG). In caso di violazione degli obblighi è previsto il risarcimento del danno (art. 5, comma 2, frase 1 EWIV-AG), mentre la rottura del dovere di silenzio trova una disciplina specifica con annessa sanzione all'art. 14 EWIV-AG. Secondo l'art. 5, comma 2, frase 2 EWIV-AG i direttori della società in caso di controversie sul mantenimento della diligenza richiesta sono tenuti a discolparsi⁷⁷². Inoltre i direttori sottostanno, in particolare, ai seguenti obblighi:

- Comunicazione ed iscrizione del GEIE nel registro delle imprese (art. 3, comma 1, frase 1 in combinato disposto con l'art. 2 EWIV-AG);
- Tenuta dei libri contabili e redazione del bilancio annuale secondo la disciplina prevista per le oHG agli artt. 238 ss. HGB (art. 6 EWIV-AG);
- Redazione del prospetto per lo svolgimento di un procedimento di insolvenza per il GEIE, nel quale nessun partecipante è una persona fisica (art. 11, frase 2 EWIV-AG);
- Responsabilità per i dati contenuti nei documenti della società (art. 25 EWIV-AG in combinato disposto con l'art. 12 EWIV-AG);

⁷⁷⁰ Per i direttori che si trovano prevalentemente all'estero le informazioni possono essere fornite da un notaio tedesco mediante un formulario scritto che la persona deve controfirmare.

⁷⁷¹ Sugli sviluppi attuali v. P. HOMMELHOFF, *Das europäische Gesellschaftsrecht am Beginn des 21. Jahrhunderts*, in *EuR*, 1, 2002, 147 ss.

⁷⁷² Sul punto v. G. ZETTEL, *Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) - ihre Grundlagen und Struktur*, in *DRiZ*, 1990, 161 ss.

- Liquidazione del GEIE in caso di scioglimento⁷⁷³ (art. 10 EWIV-AG).

7.8 Cambiamento della sede sociale

In genere la direzione societaria deve comunicare al registro delle imprese (artt. 2, comma 3 nr. 1 e 3, comma 1, frase 1 EWIV-AG) ogni modifica del contenuto minimo essenziale del contratto (art. 5 EWIV-AG). Nel caso di modifica della sede, è necessario prestare attenzione esclusivamente agli artt. 13 e 14 del regolamento. Per il trasferimento della sede in un altro Stato è necessario, per una valida delibera, il criterio di unanimità (art. 14, comma 1, frase 3) nonché il rispetto di un determinato procedimento: anzitutto deve essere fornito un piano di trasferimento che deve essere comunicato al registro delle imprese; la decisione può essere assunta solo due mesi dopo tale comunicazione - poiché se antecedente, essa è nulla - e deve essere adottata all'unanimità. Successivamente tale decisione e l'avviso di avvenuta pubblicizzazione del piano del trasferimento di sede devono essere trasmessi al nuovo registro delle imprese. Solo con l'iscrizione in tale registro il cambio della sede assume validità e dopo aver avuto una comunicazione dell'avvenuta iscrizione nel registro della sede post-trasferimento il GEIE può cancellare la vecchia sede; nel caso in cui la sede sia trasferita all'interno dello Stato, è sufficiente una delibera dei soci (art. 13, frase 2).

Un GEIE può avere una succursale sia nello stesso Stato in cui ha sede, sia in un altro Stato membro, sia in uno terzo che gli consenta la creazione di una filiale sul suo territorio. Per la costituzione di una succursale in Germania si applica oltre l'art. 1 EWIV-AG l'art. 13 HGB, secondo il quale basta dare comunicazione al registro delle imprese. Per una succursale all'estero, invece, l'art. 10 stabilisce l'iscrizione nel registro delle imprese dello Stato ospitante con la trasmissione di tutti gli allegati e i documenti che tale Paese preveda. Per l'iscrizione di sedi secondarie di GEIE stranieri è responsabile il registro delle imprese della succursale che si vuole aprire (art. 13d HGB).

7.8. Nullità, scioglimento, liquidazione e insolvenza di un GEIE

7.8.1 Nullità

Il regolamento sui GEIE non contiene nessuna causa che giustifica la nullità del GEIE, bensì rinvia all'art. 15, comma 1, frase 1 al diritto vigente nello Stato in cui il GEIE assume la sede. I motivi di nullità di un GEIE, dunque, derivano dal BGB nell'ordinamento tedesco. Tuttavia, l'art. 15, comma 2 stabilisce che la nullità di un GEIE conduce alla sua liquidazione e dunque non ha effetti *ex tunc*. La nullità, da pubblicizzare adeguatamente, può essere pronunciata solo con sentenza, che deve prima

⁷⁷³ Visto che il GEIE viene considerato dall'art. 1 EWIV-AG come una oHG esso può essere soggetto ad una trasformazione. Quest'ultima può manifestarsi solo se così facendo non sia intaccata la definizione degli scopi possibili per un GEIE secondo il regolamento comunitario. Così, ad esempio, una holding costituita come GmbH non potrà trasformarsi in un GEIE, poiché quest'ultimo ha il divieto espresso di svolgere le attività di una holding (art. 3, comma 2a-b).

prevedere un termine per sanare gli elementi mancanti e può essere eccepita esclusivamente per quanto riguarda i requisiti posti all'art. 9. I diritti e gli obblighi del GEIE sorti prima della sentenza giudiziale sono fatti salvi (art. 15, comma 3, frase 2).

7.8.2 Scioglimento e liquidazione

Le cause di scioglimento di un GEIE sono elencate all'art. 31, secondo cui il GEIE può in ogni momento - a meno che il contratto non stabilisca diversamente - essere sciolto mediante delibera unanime. I soci devono decidere sullo scioglimento quando la data di scioglimento prevista dal contratto è stata oltrepassata o si è manifestato un motivo di scioglimento del contratto e l'oggetto del contratto di GEIE è stato realizzato o è diventato impossibile.

Secondo l'art. 31, comma 2, frase 2 ogni socio ha il diritto di richiedere lo scioglimento mediante richiesta al giudice quando una decisione di questo tipo non sia presa nell'arco di tre mesi. Inoltre, il GEIE deve essere sciolto quando viene meno il requisito della multi-territorialità previsto all'art. 4, comma 4. Lo scioglimento del GEIE, secondo l'art. 31, commi 4, 7 e 8, va comunicato al registro delle imprese ed adeguatamente pubblicizzato. Tale dovere è a carico della direzione, ma può essere ottemperato da qualsiasi socio⁷⁷⁴.

In alcuni casi previsti nell'art. 32, comma 1 lo scioglimento è obbligatorio mediante sentenza del giudice, ovvero quando ci siano violazioni delle limitazioni e dei divieti contenuti nell'art. 3, o della disciplina per la scelta della sede di cui all'art. 12, o in caso di perdita del carattere della multi-territorialità di cui all'art. 4, comma 2. La richiesta di scioglimento può essere fatta da qualsiasi interessato. Tale definizione comprende i soci, ma anche gli altri soggetti coinvolti in un GEIE, ovvero i direttori, alcuni lavoratori, i creditori etc. Anche in questo caso lo scioglimento può essere evitato con la rimozione dei vizi. Secondo l'art. 32, comma 2, lo scioglimento può essere stabilito dal giudice per giusta causa quando un socio ne fa richiesta.

Il legislatore tedesco non si è invece avvalso della possibilità rilasciata agli Stati e prevista dall'art. 32, comma 3 circa la possibilità di scioglimento di un GEIE per volontà dell'amministrazione pubblica, tuttavia, secondo l'art. 131, comma 1, nr. 3 HGB un GEIE con sede in Germania può essere sciolto quando sul suo patrimonio si apre una procedura di insolvenza; oltre a tale articolo, trova applicazione il 132 HGB (recesso di un socio)⁷⁷⁵. Lo scioglimento del GEIE conduce alla sua liquidazione e poi all'estinzione, disciplinate dal diritto nazionale; ovvero per un GEIE con sede in Germania si applicano gli artt. 145 ss. HGB. L'art. 10, comma 1 EWIV-AG stabilisce che nel caso in cui nel contratto

⁷⁷⁴ C.O. ZSCHOCKE, *Die neue Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV)*, *Schriftenreihe Ausländisches Wirtschafts- und Steuerrecht der Bundesstelle für Außenhandelsinformation*, in *AWSt*, A-3, 1988.

⁷⁷⁵ Sull'applicazione del diritto societario v. K. GLEICHMANN, *Überblick über neue Kooperationsformen und über Entwicklungen im Gesellschaftsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, in *AG* 1988, 159 ss.

manchino aspetti di normativa su questo punto, la liquidazione è un'obbligazione della direzione societaria.

7.8.3 Insolvenza

Il regolamento sui GEIE stabilisce all'art. 36, frase 2, che "L'apertura di una procedura contro un gruppo per insolvenza o per cessazione dei amenti non comporta di per sé l'apertura della stessa procedura contro i membri del gruppo"; la frase 1 stabilisce invece che "I gruppi europei di interesse economico sono sottoposti alle disposizioni del diritto nazionale che disciplina l'insolvenza e la cessazione dei amenti". La richiesta della procedura di insolvenza può essere presentata, secondo gli artt. 11, comma 2, nr. 1 e 15, comma 1 InsO, da tutti i creditori e da ogni singolo socio, mentre secondo l'art. 11, frase 1 EWIV-AG, anche dai direttori della società. Se il GEIE ha soci che non rispondono illimitatamente con il proprio patrimonio, i direttori o i liquidatori sono obbligati, ai sensi dell'art. 11, frase 2 EWIV-AG in combinato disposto con l'art. 15a, comma 1, frase 2 InsO, a richiedere l'apertura della procedura di insolvenza a meno che tra i soci che rispondono personalmente vi sia un'altra società di cui è socio una persona fisica che risponde con tutto il suo patrimonio (art. 15a, comma 1, frase 2° InsO). Una violazione di tale obbligo è punito con una sanzione penale ai sensi dell'art. 15°, comma 4 InsO.

8. Konsortium e Pool

I *pool* e i consorzi hanno un ruolo di primaria importanza nel settore del diritto dell'economia ed in quello bancario. I loro campi di attività tipici sono l'esercizio in comune del diritto di voto, il finanziamento di progetti o di imprese con il proprio capitale o quello di terzi (emissione, credito) così come l'amministrazione e valutazione delle garanzie bancarie⁷⁷⁶.

I *pool* e i consorzi sono in genere aggregazioni di impresa di almeno due persone (persone fisiche o giuridiche) che svolgono un'attività in comune con lo scopo di raggiungere un determinato comportamento o risultato. Entrambe le figure vengono ricondotte nella prassi degli affari, quasi esclusivamente, alla forma giuridica della GbR, sebbene tale riconduzione non sia obbligatoria⁷⁷⁷.

Ipotizzabile potrebbe essere anche la costituzione di una società di capitali, ma a causa della normativa speciale e dei numerosi provvedimenti legislativi da rispettare circa la loro struttura e forma, tale modello diventa difficilmente adottabile. Inoltre, grazie al riconoscimento giurisprudenziale della soggettività giuridica della GbR con effetti verso l'esterno non c'è più nessun motivo di giustificazione

⁷⁷⁶ L'analisi del contratto di consorzio e della sua applicazione nell'ordinamento tedesco e in quello di altri Paesi è stata svolta da B. LOTZ, *Der Konsortialvertrag des Anlagenbaus im In- und Ausland*, in *ZfBR*, 1996, 233 ss.

⁷⁷⁷ Sulla riconduzione del contratto di consorzio alle BGB-Gesellschaft v. K. LIONNET, *Liefer- und Leistungskonsortien - Rechtliche Zuordnung und Risiken*, in F. NICKLISCH (a cura di), *Bau- und Anlagenverträge - Risiken, Haftung, Streitbeilegung, Schriftenreihe Technologie und Recht*, Heidelberg, 1984.

di tale necessità⁷⁷⁸. Una GbR può esercitare autonomamente in maniera attiva e passiva i suoi diritti sia contrattuali sia legali ed è anche in grado di affermare i propri diritti poiché dotata anche della capacità di partecipare ai processi come soggetto autonomo di diritto. La forma delle società di persone, invece, non è presa in considerazione, poiché sebbene, le attività svolte dai *pool* e dai consorzi spesso siano le stesse, esse differiscono secondo la dottrina prevalente per i profili legati alla durata. Tali due tipologie contrattuali possono esistere per un periodo lungo ma la loro costituzione è motivata esclusivamente dalla realizzazione di un unico progetto, nel caso in cui l'aggregazione resta sempre la stessa per lo svolgimento di diversi affari, ogni volta si dovrà considerare costituita una nuova società.

8.1 Delimitazioni dalle altre figure

I *pool* ed i consorzi devono essere distinti, oltre che tra loro, anche dall'ARGE. La differenza fondamentale con quest'ultima è la divisione dei compiti e la responsabilità che deriva dalla esecuzione della commessa. L'ARGE realizza in comune il progetto, mentre il consorziato è responsabile solamente per la propria prestazione. Per la differenziazione tra il *pool* ed il consorzio esistono invece pochi chiari criteri; per questo motivo una delimitazione tra le due figure è molto complessa. Anzitutto, le due figure non sono disciplinate dal legislatore, ragion per cui spesso nelle clausole contrattuali le due figure si sovrappongono; inoltre anche la dottrina non si è concentrata su di esse per approfondire l'utilizzo delle due differenti figure negoziali. Inoltre, si aggiunge che la struttura giuridica dei due contratti è molto simile; per tali motivi una chiara distinzione tra i due negozi aggregativi non può essere affermata. L'unica differenziazione possibile da delineare si fonda sulla difformità degli scopi societari presenti da una parte nel consorzio e dall'altra nel *pool*. Il costrutto *pool* "bacino" indica che il suo *focus* consiste nell'apporto e legame di qualcosa (ad esempio diritti partecipativi, garanzie reali, licenze etc.). Il termine consorzio, invece, "comunità della stessa sorte" rinvia alla divisione di doveri e rischi (rischi di responsabilità, inesatto adempimento) tra vari debitori. Un'altra caratteristica di distinzione riguarda l'apertura della società nei confronti di nuovi soci. Mentre nel *pool* il numero di partecipanti è limitato dall'inizio - può partecipare solamente chi dispone di un diritto che deve essere legato a quello degli altri - nel consorzio si mira innanzitutto alla ricerca di capitale e/o alla divisione di un rischio, cosicché ogni soggetto (nella prassi quasi esclusivamente banche) può partecipare in qualità di socio⁷⁷⁹.

8.2 I *Pool* del diritto di voto

⁷⁷⁸ C. ARMBRÜSTER, *Die Entwicklung der Rechtsfähigkeit der GbR seit «ARGE Weißes Ross»*, in ZGR, 2013, 366 ss.

⁷⁷⁹ La seguente analisi delle due figure motiva tale differenziazione, ma non bisogna pensare che la distinzione tra le due figure sia univoca. Infatti, sebbene i due istituti abbiano in genere un *focus* differente, spesso nella prassi vengono sovrapposti e utilizzati come sinonimi.

Un *pool* è definito come un'aggregazione contrattuale tra due o più persone fisiche e/o giuridiche nella quale le parti negoziali si obbligano a raggiungere lo scopo di mettere in comune le singole e uguali posizioni giuridiche e di darvi esecuzione collettivamente in maniera coordinata, così da beneficiare della forza comune ed avere più peso specifico rispetto al caso in cui fossero rimasti isolati. Le due tipologie di *pool* più diffuse sono quello dei diritti di voto e quello delle garanzie. Altre applicazioni possibili riguardano, ad esempio, le assicurazioni, i brevetti e le licenze. Un *pool* dei diritti di voto viene concluso da alcuni o da tutti i soci di una società di persone o di capitali (in seguito società partecipata) per esercitare collettivamente i loro diritti partecipativi. Tali società - normalmente società di capitali - sono, in genere, caratterizzate dalla presenza di un elevato numero di soci. L'accordo secondo il quale le parti esercitano il voto espresso in maniera collettiva crea tra i soci un gruppo. Finché i contraenti non stipulino null'altro, tra di essi si crea una GbR in forma meramente interna. Le quote sociali detenute da ogni singolo restano nella sua esclusiva proprietà (sono possibili anche altre costellazioni, che si approfondiranno successivamente) cosicché egli agirà sul mercato singolarmente. Un *pool* di diritti di voto non è altro che una società controllante ai sensi degli artt. 17, 311 ss. AktG, poiché non svolge alcuna attività economica.

La liceità della costituzione di un *pool* dei diritti di voto è riconosciuta da molto tempo. Non appena i soci si accordano a coordinare l'un con l'altro le loro intenzioni di voto, già si forma - che loro vogliano o meno - un'intesa di questo tipo. I problemi nascono se un *pool* viene stabilito tra soci che partecipano a diverse società. In questo caso possono crearsi problemi di identificazione - rispetto alla singola impresa partecipata - ed interessi esterni alla società che possono contribuire alla manifestazione della volontà dei soci. In questo senso ci si interroga sulla liceità di accordi di questo tipo. La dottrina prevalente li ammette sia nelle società di persone che in quelle di capitali. Quando però si forma un conflitto di interesse tra i soci e colui la cui volontà in una votazione deve vincere, sarà nel caso singolo da verificare sia la validità del voto dato sia anche il vincolo contrattuale dell'esercizio del diritto di voto alla base.

8.3.2 Contenuto del contratto

Visto che nella costituzione di un *pool* rispecchia, in genere, il modello della GbR, non esiste nessun vincolo di forma per la conclusione del contratto. La disciplina prevista agli artt. 705 ss. BGB non è sufficiente ad una regolamentazione efficiente della tipologia, per cui è necessario arricchire la normativa, mediante l'apposizione di clausole contrattuali che prevedano anche differenze dal tipo legale della GbR soprattutto per motivi di prova e di forma scritta. Un contratto di *pool* dovrebbe, pertanto, contenere almeno i seguenti elementi: nominativo dei partecipanti, delle imprese partecipate e delle quote messe in comune; scopo; modalità di esercizio dei diritti societari; convocazione dell'assemblea e poteri di deliberazione; considerazione della maggioranza richiesta nelle società

partecipate; ingresso dei successori dei titolari dei diritti di voto; ingresso degli eredi; sanzioni contrattuali⁷⁸⁰.

I soci del *pool* devono essere indicati con il loro nome e indirizzo; inoltre si richiede anche la menzione delle società partecipate e delle quote che vengono poste in comune. In questo contesto si consiglia - almeno per i soci di una società partecipata costituita come una di capitali - una regolamentazione circa le quote di cui i soci sono proprietari per comunicare se si mettono in comune tutte o solo una parte di esse. Infine, in caso di interesse da parte degli aderenti al *pool*, è utile prevedere una clausola che disciplini la modifica delle quote delle società partecipate in caso di aumenti di capitale e che preveda se i nuovi diritti che ne derivano debbano essere o meno inseriti nel *pool*. Lo stesso vale per le modifiche delle quote causate da una trasformazione della società partecipata attuata mediante fusione (art. 2 UmwG), o scissione (art. 123 UmwG), in quanto è discusso se le nuove quote entrino nel *pool*, visto che il rapporto obbligazionario che nasce dalla messa in comune delle azioni, ai sensi degli artt. 20 e 131 UmwG, non rientra tra i diritti societari che vengono automaticamente trasferiti al socio nel corso del complessivo trasferimento della posizione giuridica. Nel caso di modifica della forma societaria (cfr. art. 190 UmwG) la società partecipata continua ad esistere anche successivamente alla trasformazione, per cui il legame contrattuale tra i soci nel *pool* continua ad esistere.

Lo scopo dell'accordo consiste nel raggiungimento dell'interesse perseguito dalle parti in maniera comune mediante una votazione unitaria nelle deliberazioni della società partecipata⁷⁸¹.

I soci si impegnano a cercare prima di ogni deliberazione una visione comune e di rappresentarla nell'assemblea. Questo obbligo si può riferire anche ad alcuni dei punti dell'ordine del giorno o ad uno soltanto degli stessi. Un problema sorge quando un socio vuole decidere di votare contro ciò che è stato accordato dal *pool*. Egli è vincolato da un rapporto obbligazionario con gli altri partecipanti a seguire le indicazioni del gruppo all'atto della votazione; tuttavia, una sua espressione contraria a tale patto non comporta una sua invalidità, quindi per la società partecipata nulla cambia. Si è ormai arrivati ad affermare che in determinati contesti l'esercizio del voto è impugnabile e con ciò si è interpretato l'atto di voto come una dichiarazione di volontà, cosicché in caso di una ricusazione grazie all'effetto di finzione previsto dall'art. 894 ZPO, esso può essere sostituito da una sentenza con effetti costitutivi; l'esecuzione di un'astensione segue invece la disciplina affermata all'art. 890 ZPO⁷⁸². La giurisprudenza permette nei casi singoli una protezione giuridica provvisoria, mediante decreto di disponibilità provvisoria ai sensi dell'art. 940 ZPO. Invece, spesso viene obiettato che la disponibilità provvisoria

⁷⁸⁰ Inoltre devono essere concordate le clausole che normalmente costituiscono un contratto e che non meritano in questo studio un approfondimento maggiore. Tra esse rientrano la durata del contratto, i termini per il recesso, il foro e l'ordinamento competente (in caso di partecipazione di soggetti esteri), ma anche clausole per l'arbitrato, che prevedano la forma scritta e quelle liberatorie.

⁷⁸¹ Nel contratto è opportuno chiarire quali sono gli interessi comuni che si vogliono perseguire.

⁷⁸² Tuttavia, un procedimento giudiziario prevedrebbe tempi troppo lunghi, visto che in genere la riunione per decidere le intenzioni di voto ha luogo poco tempo prima della deliberazione della società partecipata.

dell'esecuzione del diritto di voto in una determinata maniera o del divieto dell'esercizio del diritto (che equivarrebbe un'astensione) possa significare una illecita anticipazione della decisione principale. Per risolvere tale problema di applicazione si applicano nella costellazione del *pool* diverse tecniche, tra cui la soluzione mediante procura.

I partecipanti possono, se il contratto societario non stabilisce diversamente, incaricare mediante procura irrevocabile uno tra loro o un terzo titolare di votare per tutti i soci secondo le intese tra loro intercorse. Per questo, e per altri compiti, spesso viene nominato un presidente mediante una procura che duri per tutto il suo mandato. Quando la procura assume un effetto privativo nel senso che l'esercizio del diritto di voto viene sottratto al singolo rendendolo esercitabile solamente dal rappresentante, essa contrasta con il divieto della scissione tra il soggetto titolato e i suoi diritti che nascono dall'essere socio, e dunque si manifesta un'illecita esecuzione del diritto di voto. Per questo motivo, la procura dovrebbe essere formulata in maniera che i singoli possano continuare ad esercitare il proprio diritto.

La soluzione mediante procura non riesce a risolvere il problema di un voto contro le intese del *pool*, o almeno lo risolve solo parzialmente; per questo motivo, è possibile operare un'altra soluzione che si basa sul *Treubhand (Trust)*, per la quale i soci possono ricorrere è quella di trasferire le loro quote della società partecipata ad un trust stabilendo che esso eserciti i diritti di voto secondo le indicazioni delle intese del *pool*. Importante in questo costrutto è che il *trustee*, nell'ambito del rapporto che lo vincola ai soci, non sia soggetto a rispettare la volontà di ognuno bensì solamente le deliberazioni dell'assemblea del *pool*. Altrimenti, il *trustee* si troverebbe in una situazione di conflitto di obblighi nel caso in cui un socio gli chieda di esercitare il voto in maniera differente rispetto all'intesa intercorsa. La scelta del *trust* può portare a difficoltà soprattutto quando l'impresa partecipata è una società di persone, poiché in questo caso tutte le quote affidate al *trust* si riuniscono in una singola partecipazione. Se il contratto societario della società partecipata prevede l'applicabilità della disciplina sancita all'art. 119, comma 2 HGB, ovvero il voto per teste e non per quote, la costituzione di un trust avrebbe come risultato finale per i soci del *pool* di contare solamente per un voto.

Per ovviare a tale difficoltà, i partecipanti possono scegliere la soluzione della messa in comune delle quote, mediante la quale, i soci trasferiscono l'insieme delle loro quote al *pool*; così facendo solamente il rappresentante dell'aggregazione assume il potere di esercizio del voto⁷⁸³. Anche qui, così come nella soluzione del *trust*, si manifesta il pericolo che, a causa dell'unione delle quote, si possa verificare una perdita nel diritto di voto, nel caso in cui l'impresa partecipata sia una società di persone.

Sia il *trust* sia la messa in comune delle quote richiedono il trasferimento delle quote. Ciò presuppone, anzitutto, l'assenso degli altri soci dell'impresa partecipata, in quanto la trasmissione delle

⁷⁸³ Il BGH ha deciso, già prima del riconoscimento della soggettività giuridica della GbR con effetti esterni, che una GbR possa essere socia di un'altra GbR.

quote necessita, in particolare per le quote di una società a responsabilità limitata (attestazione notarile), un esborso monetario rilevante. Inoltre, la costituzione del *trust* comporta il rischio di abuso da parte del *trustee* che grazie alla sua formalizzazione di proprietario delle quote assume il diritto illimitato di disposizione delle partecipazioni. Per questi motivi nella prassi, nei rari casi in cui si disciplina tale aspetto, si preferisce l'utilizzo della procura.

Nel contratto di *pool* devono essere regolamentati anche gli aspetti della convocazione dell'assemblea e dei poteri di deliberazione. L'inserimento di tali elementi è di maggiore rilevanza quando il contratto preveda una partecipazione minima dei soci (in genere i due terzi) per la validità delle delibere. Il termine necessario per la valida convocazione dell'assemblea si decide in relazione a quello della società partecipata⁷⁸⁴. Al fine di concordare il comportamento da attuare nell'assemblea della società partecipata, la convocazione del *pool* deve avvenire con un termine leggermente inferiore. Nel caso in cui l'ordine del giorno dell'assemblea della società partecipata preveda decisioni irrilevanti, l'aggregazione può anche decidere di rinunciare ad esprimere un voto in comune o decidere il comportamento da attuare mediante formulario scritto. Se il contratto di *pool* non prevede le intese a maggioranza si applica il criterio dell'unanimità (art. 709, comma 1 BGB)⁷⁸⁵. Secondo la dottrina prevalente, i soci possono accordarsi sul criterio della maggioranza semplice anche quando l'oggetto del voto secondo il contratto della società partecipata o la disciplina legale prevedano la necessità del voto con maggioranza qualificata. Oltre a ciò, bisogna stabilire nel contratto che il diritto di voto di ogni aderente si basa sulla quantità delle azioni della società partecipata di cui sono proprietari, altrimenti ogni membro del *pool* avrebbe solamente un voto (art. 709, comma 2 BGB)

Il contratto istitutivo deve prevedere il criterio di unanimità o il consenso di un socio particolare, quando le deliberazioni della società partecipata avvengono all'unanimità o solamente con il consenso di un determinato membro⁷⁸⁶.

Gli aderenti sono interessati a lasciare invariata la forza del loro gruppo nei confronti della società partecipata per il raggiungimento dello scopo, quando un membro decide di vendere la sua quota ad un terzo e per tale motivo esce dall'aggregazione si crea una difficoltà. L'acquirente delle quote non può essere obbligato a restare nel *pool* se non con il suo assenso poiché, dal punto di vista giuridico, non è possibile gravare le quote con un diritto di voto vincolato. Per questo, nella prassi, dal un lato si cerca di

⁷⁸⁴ Se nel contratto non è stabilito diversamente, l'assemblea dei soci di una GmbH necessita di un termine di almeno una settimana (art. 51, comma 1, frase 2 GmbHG), mentre per la AG sono necessari trenta giorni di anticipo (art. 123, comma 1 AktG).

⁷⁸⁵ In deroga alla normativa legale nella prassi, generalmente, per la regolarità delle decisioni, basta la maggioranza, mentre per apportare cambiamenti al contratto di *pool* è richiesta la maggioranza qualificata.

⁷⁸⁶ Una regola di questo tipo pone il freno al principio fondamentale dell'illecita moltiplicazione dei doveri che sorgono dall'essere socio (art. 53, comma 3 GmbHG), che stabilisce la necessità di unanimità per le delibere che richiedono maggiori doveri per i soci. Il divieto previsto per le società di persone di entrare negli aspetti chiave dell'essere socio va anche oltre, in quanto si stabilisce che nessuno possa, mediante una delibera approvata contro la volontà di un socio, privarlo dei suoi diritti o aumentare gli obblighi societari a suo carico. Si andrebbe contro tali principi qualora un socio legato da un contratto di *pool* fosse costretto, a causa del vincolo di *pool*, a votare nell'assemblea dell'impresa partecipata un aumento dei suoi doveri, una modifica della distribuzione degli utili o altro che fosse stato deciso in una votazione interna al *pool*.

dissuadere i soci del *pool* dal vendere quote della società partecipata, dall'altro si tende ad inserire nello statuto clausole che vincolano i soci del *pool* a poter vendere le loro quote solo quando, allo stesso tempo, vi sia accordo con l'acquirente circa il suo ingresso nel *pool* (cd. clausola di legame successivo - *Überbindungsklausel*). È possibile è anche la clausola, secondo la quale la cessione di quote vincolate è realizzabile solo con l'assenso dell'assemblea⁷⁸⁷.

In aggiunta, spesso un diritto (di natura obbligatoria) di prelazione alla vendita ai sensi degli artt. 463 ss. BGB è inserito nel contratto, con la conseguenza che il venditore deve, con un congruo anticipo, avvisare gli altri soci della volontà di vendere le quote e offrire in vendita le sue quote al *pool*, ovvero ad ogni singolo socio, secondo le modalità stabilite nel contratto, in base alla loro partecipazione attuale.

Nel caso in cui più soci siano intenzionati ad acquistare le quote, l'acquisto avverrà in base alle rispettive quote di partecipazione attuali. Anche un simile diritto di prelazione non riesce effettivamente ad evitare un trasferimento delle quote che vada contro la volontà del gruppo, poiché esso contiene solamente una limitazione relativa del diritto di disposizione. Infine, nel caso in cui l'impresa partecipata è una società per azioni, le parti possono decidere il deposito delle quote vincolate presso una banca, così ogni socio ha accesso alle proprie quote solo se accompagnato dal presidente. L'art. 727, comma 1 BGB stabilisce che in caso di morte di un socio di una GbR la società si scioglie⁷⁸⁸.

Una sanzione contrattuale dovrebbe essere prevista per almeno quando un socio del *pool* manifesti un voto difforme a quello concordato e quando alieni le quote in violazione alle intese intercorse. Nel caso in cui il contratto non preveda sanzioni, i soci che si comportino in maniera contraria alle intese devono rispondere ad una azione personale, intrapresa dagli altri soci nei suoi confronti, i quali devono dimostrare i danni patrimoniali subiti a causa di tale comportamento⁷⁸⁹. Un comportamento illegale del socio costituisce una giusta causa di esclusione ai sensi dell'art. 723, comma 1, frase 2 BGB. La validità di una clausola di questo tipo necessita, però, la definizione di una controprestazione che non può essere inferiore rispetto al valore delle quote. Se il socio è stato escluso e spogliato delle sue quote ad un prezzo irrisorio, i soci sono tenuti ad equilibrare il sinallagma, corrispondendo la parte del prezzo mancante ai sensi degli artt. 157, comma 2 e 242 BGB.

⁷⁸⁷ Il contratto societario dispone, poi, quali sono le condizioni per ottenere tale assenso (per esempio, l'assenso è da ottenere quando l'acquirente ha presentato una domanda vincolante ad entrare nel *pool* dei diritti di voto).

⁷⁸⁸ Tale normativa viene dalla prassi degli affari, per quanto riguarda il *pool*, quasi sempre derogata, prevedendo che la società continui ad esistere cooptando gli eredi del *de cuius*. Gli eredi (e non la comunione ereditaria nel suo insieme) diventano soci del *pool* e della società partecipata in base alla percentuale della loro quota ereditaria. I doveri che sorgono dal *pool* ricadono su di loro immediatamente, poiché gli eredi subentrano nella stessa posizione patrimoniale del loro dante causa; non è necessaria, dunque a tal fine, nessuna disposizione testamentaria che li nomini soci del *pool*. Se un socio trasferisce ai suoi eredi precedentemente alla sua morte le quote della società partecipata, anticipando gli effetti dell'eredità, tale trasmissione ricadrà nella fattispecie prevista dalle clausole contenenti il dovere di accettazione del *pool* o il diritto di prelazione.

⁷⁸⁹ Tale prova nella prassi è abbastanza difficile da fornire. Per questo motivo la minaccia di una sanzione contrattuale è il rimedio più efficace per promuovere la fedeltà contrattuale. Come altre modalità di pressione può essere previsto che i soci abbiano il diritto di escludere colui che si comporti in maniera contraria alle intese mediante una decisione unilaterale obbligandolo a trasferire loro le sue quote di partecipazione: la cosiddetta "clausola di incorporazione".

8.4 Pool di garanzia

Più creditori (nella prassi quasi esclusivamente banche e/o distributori) possono apportare le garanzie richieste ad un loro debitore in un *pool*, con lo scopo di ottenere una migliore amministrazione e valutazione del debito⁷⁹⁰. A differenza del *pool* dei diritti di voto, in tale aggregazione le parti non si impegnano solamente ad esercitare in maniera coordinata il diritto di voto, bensì trasmettono le garanzie ricevute dai singoli debitori ad un *trust* o nella loro collettività al *pool*. Una società di questo tipo è un esempio di GbR con effetti esterni, il cui scopo consiste nell'affermazione ed amministrazione dei singoli diritti di garanzia. Dalla prassi del mercato si distinguono due modelli: il primo cd. "Pool di crisi" si crea quando il debitore comune si avvia all'insolvenza; il secondo, invece, indipendente dalla crisi dell'individuo è spesso creato in collegamento ad un consorzio di credito. Il primo è un *pool* con una finalità valutativa; nel secondo, invece, è posta in primo piano la gestione delle garanzie⁷⁹¹.

I fornitori e le banche concedono i loro servizi ai clienti solo a fronte di garanzie in modo che, nel caso in cui il debitore diventi insolvente, la garanzia - se costituita da una cosa - potrà essere valutata e venduta ai sensi dell'art. 47 InsO⁷⁹². Senza la costituzione di un *pool* di garanzia possono crearsi problemi, quando il debitore sovrappone la merce di vari fornitori con la conseguenza, ai sensi degli artt. 948, 950, 947, comma 1 BGB, che dalla originaria situazione di proprietà del singolo si passa ad una situazione di comproprietà. Visto che nella prassi spesso si tratta di merci che non sono distinguibili in base alle caratteristiche individuali, le quote di ogni singolo fornitore non si lasciano più distinguere in maniera netta. In questi casi il debitore non può ricondurre la merce al legittimo proprietario (mediante l'affermazione del diritto del fornitore cfr. art. 985 BGB)⁷⁹³.

Le soluzioni dogmatico-giuridiche di tale problema, ancora discusse, non hanno risolto la situazione nella prassi degli affari, già il RG ha affermato che il diretto possessore, e quindi il debitore, rappresenta l'unico proprietario della merce, senza, però, motivare tale decisione. Un altro tentativo di soluzione consiste nell'applicazione dell'art. 742 BGB, secondo il quale, in caso di dubbi, le quote di ogni soggetto titolare si presumono identiche. A tale provvedimento è da contrapporre l'art. 948 BGB che prevede un'altra regolamentazione, fissando la divisione in base alle quote precedenti. In aggiunta, l'art. 742 BGB conduce ad un risultato poco equo dal punto di vista pratico, giacché la divisione in parti uguali non si avvicina quasi mai alla realtà dei rapporti. Al posto della restituzione delle singole merci o degli oggetti può essere richiesta la comproprietà dei beni. Questo vantaggio può essere, tuttavia, raggiunto se il debitore non è a sua volta diventato comproprietario (ad esempio mediante l'estinzione del debito

⁷⁹⁰ Sul tema v. S. BERNER, *Sicherheitenpools der Lieferanten und Banken im Insolvenzverfahren*, Colonia, 2006.

⁷⁹¹ Nella prassi, oltre ai due modelli di *pool* più diffusi dei diritti di voto e di garanzia, si sono sviluppati anche modelli diversi in materia di assicurazioni, brevetti e licenze. Anche nel settore delle telecomunicazioni e dello sport possono crearsi legami di *pool* per l'utilizzo, ad esempio, dei diritti televisivi.

⁷⁹² Sul punto cfr. R. HESS, *Miteigentum der Vorbehaltslieferanten, Zwangspool von Sicherungsgläubigern im Konkurs*, in ZIP, 1980, 318 ss.

⁷⁹³ Nel caso di riserva di proprietà, cessione o trasferimento delle garanzie i problemi sono gli stessi.

da parte di alcuni fornitori). In questo caso egli (rappresentato dal curatore fallimentare) è spesso componente del *pool* di garanzia con lo scopo di mantenere più bassi possibili (anche loro fanno parte della massa debitoria) i costi della divisione.

8.4.1 *Pool* di garanzia indipendente da una situazione di crisi dell'impresa

Il *pool* di garanzia indipendente da una situazione di crisi dell'impresa accompagna l'emissione di credito ed è costituito con lo scopo di diminuire i costi amministrativi delle garanzie del credito. Nella dottrina giuridica tale *pool* è denominato anche *Bassinsvertrag*, senza che vi siano differenze di contenuto. In tale modello contrattuale, le garanzie sono concluse non in favore dei singoli creditori, bensì per un trust o per il *pool* nel suo complesso⁷⁹⁴. Nel *pool* di garanzia indipendente da una situazione di crisi dell'impresa si tratta, anzitutto, dell'amministrazione delle garanzie. In particolare, mediante la messa in comune, si ottiene l'uguale trattamento dei beneficiari con riferimento alle differenze qualitative dei diversi tipi di garanzia (nessun *cherry-picking*).

Oggi si dubita nel ritenere leciti i *pool* di garanzia (specialmente quelli che si costituiscono in una situazione di crisi dell'impresa). Resta da fare attenzione ai limiti generali delle garanzie del credito (Sovragaranzia, imbavagliamento, danneggiamento del creditore) che derivano dall'art. 138 BGB ed il cui rispetto deve essere garantito dal *pool*⁷⁹⁵.

Il contenuto minimo del contratto deve includere i seguenti elementi essenziali; denominazione dei soci; scopo; trasferimento dei diritti di garanzia; clausola di apertura e di restituzione; patrimonio, utilizzo, e controversie (clausola di divisione); nomina del presidente; nomina del consiglio; assemblea e potere decisionale.

Lo scopo consiste nello svolgimento in comune di diritti di garanzia nei confronti dello stesso debitore per uniformare nella miglior modalità possibile l'amministrazione e il loro esercizio.

Per raggiungere lo scopo sociale è necessario che i singoli beneficiari delle garanzie trasmettano ad un trust o al *Pool* nella sua interezza i loro diritti di garanzia. In tal modo essi eseguono anche il dovere di contribuzione, che costituisce requisito necessario secondo l'art. 705 BGB. A differenza di quello che avviene nel *pool* per il caso di crisi, in tale altro schema, nell'ipotesi di partecipazione a garanzie accessorie (ipoteca, fideiussione, pegno), oltre alla trasmissione, è necessaria anche la cessione dell'effetto delle garanzie al *pool* o al *trustee*⁷⁹⁶. Per garantire un credito consorziato, che si ha quando una pluralità di banche concede un finanziamento partecipando all'erogazione della somma per una certa quota, le parti stipulano accordi aventi ad oggetto la costituzione di garanzie non accessorie o fiduciarie

⁷⁹⁴ Cfr. U. BURGERMEISTER, *Der Sicherheitenpool im Insolvenzrecht*, Colonia, 1996.

⁷⁹⁵ I dubbi che esistevano in passato sulla liceità, dal punto di vista giuridico, della figura in esame sono stati oggi risolti con l'affermazione che i creditori della garanzia nonostante le eventuali difficoltà di prova (che con la creazione del *pool* devono essere evitate) sono proprietari, ovvero detentori delle garanzie su beni che non rientrano nell'attivo fallimentare del debitore.

⁷⁹⁶ Sul tema v. W. HENCKEL, *Zivil-, konkurs- und verfahrensrechtliche Probleme des Sicherheitenpool-Vertrages*, 1983.

(Contratti autonomi di garanzia, quali il *Grundschild* o la *Garantie*), poiché altrimenti ogni socio dovrebbe ricevere una garanzia in rapporto alla sua quota di partecipazione. Un elemento caratteristico nel credito consorziato è che al singolo socio spetta il diritto al rimborso del mutuo. Nella prassi se il contratto di *pool* è accessorio a quello del credito, il debitore è incluso, spesso, nel contratto di *pool* e obbligato a eseguire la garanzia del credito a favore del *pool*, non diventando socio, bensì egli si trova davanti a due contratti distinti, racchiusi in un unico documento.

L'inclusione di una clausola di apertura è necessaria al fine di salvaguardare il contratto dal rischio, elaborato dalla dottrina ed accertato dalla giurisprudenza, della iniquità delle garanzie sul credito per quanto riguarda il peggioramento dei diritti dei creditori non soci del *pool*. Essa può essere strutturata in maniera tale da prevedere che ogni beneficiario della garanzia, che fino a quel momento non abbia partecipato al *pool* possa sempre avere un diritto di ingresso. In questo modo si evita che il *pool* possa pregiudicare i terzi beneficiari della garanzia non partecipanti. Inoltre il successo di un *pool* di garanzia legato ad una situazione di crisi dell'impresa è connesso alla presa in considerazione di tutte le garanzie dei soggetti garantiti, perché solo in tale maniera il fondamento del principio di determinatezza può essere soddisfatto. Un obbligo dei terzi ad entrare nel *pool* per questo motivo non esiste.

Una clausola di restituzione, secondo la quale bisogna restituire la garanzia qualora superi di un determinato ammontare il credito dell'obbligazione principale, nonostante esso non sia stato ancora restituito, ha un significato solamente nel rapporto tra *pool* e debitore. Ad essa bisogna riferirsi anche nella redazione del contratto di *pool* quando esso è stipulato nello stesso documento che include il negozio con il debitore⁷⁹⁷.

Il patrimonio si forma mediante il trasferimento dei diritti di garanzia; in tale procedimento bisogna misurare esattamente il valore di ogni singolo diritto perché esso corrisponde alla quota di partecipazione del soggetto e svolge un ruolo chiave nella divisione in caso di utilizzo della garanzia⁷⁹⁸.

Se il debitore è stato incluso nel contratto di *pool* non è permesso che i soci gli affidino il potere di disposizione sul patrimonio, cosicché esso sia salvaguardato e si possa evitare l'insolvenza. Inoltre, bisognerebbe prevedere una clausola contrattuale che metta in rapporto la quota di ogni socio, ovvero la sua contribuzione, con quella di soddisfacimento in caso di esecuzione della garanzia (cd. clausola di divisione), altrimenti si applicherebbe l'art. 722, comma 1 BGB che stabilisce l'uguaglianza nella soddisfazione per ogni creditore, indipendentemente dal proprio apporto. Un'ulteriore clausola, che preveda una decisione successiva in ordine alla percentuale di divisione, può essere inclusa laddove le quote apportate possano essere solamente ipotizzate ma non precisamente calcolate.

⁷⁹⁷ Secondo le ultime pronunce giurisprudenziali le garanzie devono essere restituite quando il loro valore sia pari ad una volta e mezzo quello della prestazione garantita e le clausole che modificano il diritto alla restituzione sono nulle, ma non comportano alla nullità dell'intero contratto di garanzia che invece rimane valido.

⁷⁹⁸ Nel valore di ogni richiesta, bisogna calcolare anche i costi del procedimento giudiziale, del cambio degli assegni in denaro e di qualsiasi altro costo necessario al fine di escutere la garanzia.

Nella redazione del contratto è necessaria la nomina di un presidente che rappresenta l'aggregazione nei confronti dei terzi, poiché gli effetti del contratto verso l'esterno decorrono immediatamente. In mancanza di tale nomina i soci possono agire soltanto congiuntamente come risulta dagli artt. 709, 714 BGB. Rilevante, in particolare, è la rappresentanza nei confronti del debitore e dei suoi curatori fallimentari. Il presidente dovrebbe essere autorizzato per conto del *pool* a stipulare qualsiasi negozio necessario al mantenimento del valore del patrimonio e all'esecuzione delle garanzie. Solamente per gli atti di straordinaria amministrazione egli dovrebbe richiedere il consenso preventivo ad ogni socio o almeno a quelli interessati. Nei rapporti tra i soci ed il presidente trova applicazione, per quanto riguarda lo svolgimento dei suoi compiti, la disciplina sul contratto di mandato ai sensi degli artt. 675, 662 ss. BGB⁷⁹⁹.

Il contratto può e deve decidere le riunioni del consiglio, che assume il potere del diritto di informazione e di controllo per tutelare gli altri soci. Esso monitora soprattutto il presidente e può sempre revocarlo dall'incarico ed agire con i terzi in prima persona. Per il caso della revoca del presidente dovrebbe essere anche previsto che al consiglio siano affidati i compiti svolti precedentemente dal presidente fino alla nomina di una nuova figura da parte dell'assemblea dei soci.

All'assemblea del *pool* spettano le decisioni in materia di modifiche contrattuali, nomina del presidente e qualsiasi altro quesito rilevante che per essere vincolanti per tutti, ai sensi dell'art. 709 BGB, devono essere votate all'unanimità. Tale provvedimento porta a risultati difficilmente praticabili e controversi, per questo motivo nel contratto dovrebbe essere consentito il voto a maggioranza per la validità delle decisioni assembleari (in qualsiasi forma, sia semplice, sia qualificata). Infine, appare opportuno inserire nel contratto, il voto non per teste bensì in base al valore della garanzia apportata.

8.5 Consorzio

Sebbene la costituzione di un consorzio risponde a diverse esigenze, la creazione come aggregazione di rischio è scelta in particolare dalle banche che vogliono condividere il rischio per l'investimento di capitali propri e di terzi. Le banche costituiscono, regolarmente, società legate ai casi singoli, ma le due tipologie più diffuse sono il consorzio di emissione e quello di credito.

8.5.1 Consorzio di emissione

Lo scambio di titoli sui mercati finanziari oggi si basa quasi esclusivamente sulla cd. *Fremdemission* (emissione per conto di terzi); in altri termini tra la società emittente ed il pubblico interessato all'acquisto si pongono una o più banche che agiscono come intermediari, curando il piazzamento sul

⁷⁹⁹ Nel caso in cui il presidente abbia un compenso da parte degli altri soci e ciò sia previsto dal contratto del pool o da altro contratto accessorio non è necessaria nessuna regolamentazione per iscritto, se invece egli svolge il compito senza alcun contributo si applicano direttamente gli artt. 662 ss. BGB ed in questo caso il presidente ha solo diritto ad un rimborso delle spese.

mercato dei titoli (in maggioranza azioni o obbligazioni). L'emittente ha il vantaggio di servirsi del *know-how* della banca e della sua rete commerciale, infatti per una emissione di titoli di grande portata una banca sola si esporrebbe ad un rischio eccessivamente elevato, ragion per cui, di regola, più istituti di credito si alleano ed agiscono congiuntamente, costituendo un consorzio di emissione.

Il piazzamento dei titoli avviene attraverso un processo diviso in due fasi: dapprima i consorziati si impegnano nei confronti dell'emittente all'acquisizione dei titoli e successivamente alla loro vendita al pubblico (consorzio unitario). Quest'ultima avviene normalmente mediante la quotazione dei titoli in un mercato dei capitali (cd. *public placement*) o con il collocamento presso investitori singoli (cd. *private placement*). Per la distribuzione dei titoli sul mercato dei capitali il consorzio agisce mediante i *selling-groups* che operano per conto suo. Questa procedura è utilizzata soprattutto nell'emissione di titoli in mercati stranieri dove i *selling-groups* sono banche che hanno sede in tali Paesi.

Sebbene non diffusi nella prassi, tali procedimenti possono essere anche unitari: in questo caso il consorzio di acquisizione si occupa solamente dell'acquisto dei titoli mentre il consorzio di piazzamento solo della loro vendita per conto dell'emittente. Il consorzio di emissione è in genere una GbR. Ciò non è sempre comprensibile immediatamente visto che i contratti di consorzio nei rapporti esterni (tra consorzio ed emittente) sono generalmente basati sulla circostanza che ogni banca consorziata è obbligata ad acquisire i titoli in base alla propria quota, ma è possibile assistere anche ad una pluralità di contratti obbligatori paralleli. I ricavi o le potenziali perdite si dividono in base alla percentuale di partecipazione al consorzio; in tal senso, quasi tutte le misure contenute negli artt. 705 ss. sono derogate. Inoltre i soci del consorzio sono coinvolti per la buona riuscita dell'operazione non solo per la loro quota, ma anche per l'ammontare completo dell'emissione e tale scopo comune motiva la loro aggregazione ai sensi dell'art. 705 BGB. Per questo motivo i consorziati sono tenuti sia al dovere di protezione dei terzi, che deriva dai contratti singoli sia al dovere di fedeltà che nasce dalla struttura societaria del consorzio. Sebbene le emissioni di titoli costituiscano ormai quasi sempre procedure internazionali, secondo l'ordinamento societario esse rappresentano sempre dei tipi societari. Molti contratti internazionali escludono la possibilità della costituzione di una società, ma visto che nella pratica degli affari in Germania le norme degli artt. 705 ss. sono quasi sempre derogate, non esistono all'atto pratico differenze rilevanti⁸⁰⁰.

8.6.2 Contenuto minimo del contratto

Il contratto di consorzio viene ad esistenza quando la banca capofila invia una proposta di consorzio e le altre banche accettano. Con ciò si creano rapporti giuridici, non solo tra le banche e la promotrice,

⁸⁰⁰ Nei consorzi di emissione si tratta, generalmente, di GbR con effetti verso i terzi, mentre i cd. consorzi interni, in cui nei rapporti verso l'esterno agisce solamente una banca a proprio nome ma per conto degli altri, sono nella prassi un'eccezione rara.

ma anche tra i singoli soci. Gli elementi che devono essere disciplinati nel contratto sono: denominazione dei consorziati; scopo; obblighi di contribuzione; gestione e rappresentanza della società: la direzione del consorzio; responsabilità; esclusione e recesso.

Il contratto deve includere i nomi di tutti i partecipanti (comprensivi di ogni dettaglio relativo alla sede di ognuno). In tale contesto può essere anche deciso di dotare il consorzio di un nome.

Secondo l'ordinamento tedesco, il contratto deve contenere una formulazione espressa che affermi che le parti si aggregano in una società al fine di emettere insieme alcuni titoli determinati. Mediante tale espressione si chiarisce il dovere di fedeltà che nasce dalla stipula di un contratto societario (e non di un contratto di compravendita). Una formulazione di questo tipo è difficile da integrare nei contratti standard internazionali che prevedono clausole per evitare la nascita di una società.

Il contributo dei consorziati per il raggiungimento del fine comune si realizza nell'acquisto dei titoli, in base alla quota di partecipazione, e nel piazzamento degli stessi sul mercato. Per raggiungere tale obiettivo le banche devono mettere a disposizione la loro rete distributiva, attivando i loro clienti⁸⁰¹.

I consorzi di emissione non costituiscono un patrimonio comune (ad eccezione dei diritti di regresso dei singoli contro gli altri consorziati), bensì essi si accordano con l'emittente nel cd. contratto di assunzione, affinché ogni singolo consorziato acquisti in maniera autonoma, e come unico proprietario, solamente un determinato numero di titoli e diventi debitore solo sulla quota acquistata. Per rendere possibile tale divisione nel contratto di assunzione dei titoli si esclude la responsabilità solidale tra i singoli partecipanti. Nel caso in cui un consorziato fallisca, è controverso il trasferimento dei titoli della sua quota; se gli altri, nei rapporti interni, fossero obbligati ad accrescere le rispettive quote, ciò sarebbe equivalente ad una responsabilità solidale e contrasterebbe con la volontà delle parti. D'altra parte, tuttavia, per il raggiungimento ottimale dello scopo è necessaria l'intera emissione dei titoli. Per questo motivo la dottrina giuridica concorda sul dovere di solidarietà in analogia all'art. 735, frase 2 BGB⁸⁰².

Il dovere di solidarietà contraddice, tuttavia, le aspettative dei partecipanti al mercato e per questo motivo non può essere dedotta solamente dallo scopo societario (e quindi dalla volontà delle parti). Una volontà delle parti in questo senso deriva dalla circostanza che ai consorzi di emissione spesso partecipano anche banche di dimensioni ridotte con quote inferiori; nel caso in cui un istituto di credito, magari di grandi dimensioni, decida di non voler più far parte del consorzio causerebbe loro dei danni ingenti. Questo rischio, però, non esiste poiché, sebbene lo scopo comune consista nell'emissione di tutti i titoli, dal contratto di consorzio e da quello di assunzione con l'emittente nascono per la singola banca degli obblighi e, in caso di inadempimento di un istituto di credito, la ricerca immediata di

⁸⁰¹ Spesso viene aggiunto un dovere alla cura del corso, per il quale le banche si impegnano ad evitare un'oscillazione elevata del valore del titolo al fine di raggiungere un duraturo successo per l'emissione e per guadagnare o mantenere costante la fiducia degli investitori. Un obbligo di questo tipo può continuare ad esistere anche successivamente allo scioglimento della società.

⁸⁰² Visto che tale dovere si manifesta solamente nei rapporti interni e non può essere fatto valere nei confronti dell'emittente non rappresenta un contrasto con l'esclusione della responsabilità solidale richiesta dalle parti.

un nuovo soggetto che voglia partecipare⁸⁰³. Il BGH ha stabilito che l'esclusione della responsabilità solidale dei consorziati, nei confronti dell'emittente, di un diritto preferenziale di sottoscrizione indiretto ai diritti societari non è compatibile con la normativa di tutela del capitale nelle società per azioni quando l'aumento di capitale è già stato iscritto nel registro delle imprese. Tale pronuncia è stata respinta dalla dottrina in modo unanime, poiché essa, in sintesi, adotta una mancanza di responsabilità sconosciuta nel diritto azionario derivata dal caso di insolvenza del debitore. La sentenza può portare alla circostanza che le banche; le quali finora avevano partecipato ad un consorzio con quote molto basse (per esempio meno dell'un per cento), non potranno più parteciparvi in futuro, poiché potrebbero trovarsi di fronte a rischi incalcolabili nel caso dell'inadempimento di un consorziato di grandi dimensioni, sebbene nella prassi esista una possibilità di evitare la responsabilità solidale considerata dal BGH come imprescindibile. Visto che la responsabilità che nasce dalla nuova sottoscrizione dei diritti societari deriva da un contratto di sottoscrizione autonomo si può, mediante la struttura del contratto di sottoscrizione, ovvero la predisposizione di un attestato di ogni banca consorziata con la propria relativa quota, escludere la responsabilità solidale. Come obbligazione interna societaria, i partecipanti si vincolano l'uno con l'altro al piazzamento della quota spettante nella maniera concordata nei rapporti esterni (ad esempio ad un determinato prezzo di emissione). Anche questo deve essere regolamentato dal consorzio, perché la buona riuscita della prestazione nella sua interezza è interesse dei singoli consorziati, in quanto essi potrebbero rispondere degli eventuali danni in maniera solidale, anche nel caso in cui un solo partecipante sia inadempiente.

A differenza della disciplina prevista all'art. 709, comma 1 BGB i poteri di direzione (e con essi quelli di rappresentanza) del consorzio sono organizzati, in rapporto al procedimento basato su due atti distinti, in maniera funzionale. Ciò deriva, anzitutto, dal fatto che i singoli consorziati sono responsabili in prima linea per l'emissione della loro quota e dunque, con riferimento al piazzamento dei titoli da loro intermediati, hanno un potere di gestione dell'affare individuale. D'altra parte ad una o più banche viene regolarmente assegnato il ruolo di capofila del consorzio (*lead, joint-lead, co-lead*) in forza del quale essa rappresenta gli altri aderenti (*underwriters*) nella predisposizione del contratto nei confronti dell'emittente, assumendo il potere di direzione del consorzio e gestendo anche i rapporti interni. Nella prassi, accade di sovente che la banca capofila abbia già regolamentato le condizioni contrattuali con l'emittente prima del procacciamento delle altre banche. Altre attività che ricadono nella direzione consortile sono, ad esempio, quelle di consulenza all'emittente, ricezione dei documenti degli altri consorziati e loro trasferimento all'emittente, predisposizione dei prospetti di vendita e di quotazione in borsa. Ai singoli consorziati rimane il diritto di controllo e l'autorità espressa attraverso le decisioni

⁸⁰³ In merito alla letteratura giuridica sull'argomento, che afferma il dovere di solidarietà dei singoli soci, nella prassi il caso di inadempimento di un partecipante deve trovare apposita regolamentazione contrattuale. Nel caso in cui si voglia includere tale dovere è necessario derogare l'art. 722 BGB - che prevede la divisione in misura uguale - per stabilire l'obbligo proporzionale alla quota di partecipazione.

dell'assemblea. La direzione societaria ha un ruolo importante in altre prospettive, infatti, l'opinione pubblica la riconosce come accompagnatrice dell'emissione nel caso di un'emittente prestigiosa, facendole guadagnare prestigio; d'altra parte in caso di insuccesso dell'emissione essa corre un pericolo maggiore, rispetto agli altri consorziati, di subire danni di immagine. In effetti, la direzione societaria si trova in una situazione di conflitto; da una parte essa è legata agli altri consorziati, ma dall'altra, nei confronti dell'emittente, deve agire mediante una politica societaria corretta, mettendo in pratica le tattiche di negoziazione e diplomazia assicurandosi, in tale maniera, l'aumento di prestigio. Per le sue attività, l'impresa che dirige il consorzio può far valere i suoi diritti per quanto riguarda il rimborso di spese sostenute e per l'esonero ai sensi degli artt. 713, 670, 259, BGB. Requisiti necessari sono che le attività svolte siano state sostenute mediante il pagamento di un prezzo (ad esempio, il costo di una consulenza legale). Nella prassi in questi casi si è sviluppata la possibilità di accordarsi su un compenso da attribuire all'impresa che dirige il consorzio (la cd. Provvigione di direzione). Un problema è costituito dal diritto di opposizione che ai sensi dell'art. 711 spetta a colui che è escluso dal potere decisorio. Nel caso in cui non siano state previste modifiche a tale normativa dal contratto societario, la disciplina legale assegnerebbe tale potere a tutti i soci nel piazzamento dei titoli. Tuttavia, in questo caso l'interpretazione contrattuale porterebbe, in base allo scopo societario, ad accettare una modifica tacita dell'art. 711 BGB⁸⁰⁴.

8.6.3 Responsabilità

Tra di loro i consorziati hanno solamente un obbligo di diligenza ordinaria *diligentia quam in suis*⁸⁰⁵. In quest'ambito ci si pone la domanda se tale diligenza, trattandosi esclusivamente di istituti di credito, debba essere interpretata come diligenza bancaria e non come diligenza generale. Per evitare tale controversia è buona norma inserire una clausola interpretativa, nella quale si specifichi che almeno nel rapporto tra la capofila e le altre partecipanti si consideri la diligenza come ordinaria. In caso di violazione dei doveri del consorziato nell'emissione della sua quota di titoli e le necessarie misure per stabilizzare il valore del titolo, può sorgere il diritto al risarcimento del danno in favore degli altri soci⁸⁰⁶.

Per quanto riguarda gli accordi sull'esclusione o limitazione della responsabilità o violazione dei doveri di protezione degli altri consorziati nei rapporti esterni vale il principio, secondo cui del risarcimento dei danni dovuti dall'azione della direzione societaria deve rispondere il consorzio come una GbR con effetti esterni ai sensi dell'art. 31 BGB; i consorziati sono responsabili, analogamente, come debitori solidali ai sensi dell'art. 128, frase 1 HGB. Un'esclusione della responsabilità sarebbe

⁸⁰⁴ Una formulazione espressa di una deroga, mediante clausola contrattuale, assicura certamente maggiore sicurezza.

⁸⁰⁵ Sul profilo relativo alla responsabilità di un consorzio v. W. ROSENER, § 14 Abs. 2 des *Vertragsmusters für ein Außenkonsortium mit Federführer*, *Münchener Vertragshandbuch*, 1997.

⁸⁰⁶ Per tali casi bisognerebbe inserire nel contratto importi forfettari, visto che sarebbe estremamente complesso provare l'ammontare preciso di un danno; allo stesso tempo la responsabilità interna dovrebbe basarsi su dei massimali.

efficace ai sensi dell'art. 276, comma 3, BGB per il comportamento doloso e valido nei confronti dei terzi se esso sia stato concordato nei rapporti esterni anche nei loro confronti. Nei contratti con l'emittente, l'inserimento di una clausola sulla limitazione di responsabilità sarebbe concepibile. Nei contratti con gli investitori, invece, una decisione di tale tipo potrebbe essere compresa solamente nelle condizioni generali di contratto, la cui efficacia contrasterebbe con l'art. 309 nr. 7 b) (Invalidità di un'esclusione o limitazione della responsabilità per un grave inadempimento nelle condizioni generali del contratto). Una responsabilità per le violazioni degli obblighi di un'altra banca consorziata (non quella che dirige il consorzio) in genere non esiste. Generalmente una banca consorziata risponde solamente per le violazioni di un'altra partecipante, quando essa le ha trasferito un compito o un obbligo e le violazioni sono state causate dalla sua esecuzione della prestazione (art. 278 BGB). I doveri di protezione nei confronti dell'emittente spettano, normalmente, solamente ad una consorziata ed in genere, quindi, a quella che dirige la società. Ciò deriva dal fatto che il dovere di ogni singola banca consiste solamente nel aumento del prezzo di acquisto dei titoli di propria pertinenza⁸⁰⁷, mentre nei rapporti interni la responsabilità dei singoli consorziati si evince dalla loro quota di partecipazione.

Le condizioni per l'esclusione di un consorziato - di regola in caso di grave violazione di un obbligo contrattuale - devono essere regolate, così come quelle che riguardano l'uscita del singolo aderente, dal contratto di consorzio. Esse devono riguardare in particolare le quote dei soci uscenti ed è altresì necessario prevedere se quelle dei rimanenti debbano essere o meno accresciute.

8.7 Consorzio di credito

I consorzi di credito si costituiscono tra le banche per concedere ad un debitore un credito di un importo che nessun singolo istituto di credito, a causa dell'ammontare o dei rischi connessi, sarebbe capace di mettere a disposizione⁸⁰⁸. L'incapacità di concedere un importo rilevante deriva nella maggioranza dei casi dalla mancanza dei capitali necessari da parte del singolo istituto di credito. Tale tipologia di consorzio è rilevante nei grandi progetti (costruzione di una ferrovia o autostrada) e consiste generalmente in finanziamenti in contanti, ma può anche manifestarsi in sconti cambiari, avalli etc.; in base all'organizzazione giuridica si distinguono i "veri" consorzi di credito da quelli "falsi".

In un consorzio di credito vero (centralizzato) la direzione consortile, rappresentata dalla banca di fiducia del debitore, agisce in nome e per conto del consorzio. Nei rapporti interni i singoli istituti di credito si obbligano a fornire alla banca capofila la propria quota di credito; allo stesso tempo, essa riscuote i rimborsi e gli interessi e li distribuisce agli altri consorziati⁸⁰⁹. In maniera simile al consorzio di

⁸⁰⁷ La disciplina della responsabilità del prospetto, invece, funziona diversamente ai sensi degli artt. 44 ss. BörsG e 13 VerkProspG. In questo caso, generalmente, si tratta di una responsabilità solidale tra i singoli consorziati e l'emittente, anche se spesso nella prassi la capofila predispone il prospetto autonomamente.

⁸⁰⁸ Sulla disciplina del consorzio del credito v. L.C. HINTSCH, N. HORN, *Das Vertragsrecht der internationalen Konsortialkredite und Projektfinanzierungen*, cit.

⁸⁰⁹ Cfr. M. BORMANN, *Die Kapitalaufbringung nach dem Regierungsentwurf des MoMiG*, in *GmbHHR*, 2007, 897 ss.

emissione, è esclusa la partecipazione attiva di tutti i soci nei rapporti con il debitore. Il consorzio di credito vero può, dal punto di vista giuridico, essere formato da una serie di *sub*-partecipazioni (consorzio di contratti singoli) o essere costituito come una GbR ad effetti esterni (consorzio unitario). Solo nel secondo caso nascono rapporti giuridici societari tra i singoli partecipanti. Oggi tale tipologia rappresenta quella maggiormente diffusa nella prassi.

Nella prassi delle imprese esistono anche i consorzi di credito finti (decentralizzati), ovvero dove tutti gli istituti di credito entrano in contatto con il debitore e gli concedono direttamente il fido richiesto ed allo stesso tempo il debitore si impegna a restituire la quota capitale e gli interessi ad ogni singolo creditore. La direzione consortile ha il compito di controllare se i crediti sono concessi in base alla quota di partecipazione e se essi sono correttamente rimborsati⁸¹⁰.

8.7.1 Contenuto del contratto

Il contratto di consorzio di credito è, dal punto di vista dell'organizzazione societaria, molto simile a quello del consorzio di emissione, al quale bisogna fare riferimento. Più interessanti sono le clausole che possono essere inserite in tale tipologia contrattuale; infatti, mentre i singoli partecipanti ad un consorzio di emissione ottengono come controprestazione il trasferimento del diritto di proprietà sui titoli, ai consorziati di credito resta solamente il diritto al rimborso del capitale prestato e dei relativi interessi con tutti i rischi connessi alla sua realizzazione. Per questo, i debitori forniscono ai creditori garanzie; infatti nella prassi ad una tipologia di consorzio di questo tipo si affianca sempre un *pool* di garanzia. Gli elementi che devono essere contenuti nel contratto sono: consorziati; scopo; obblighi di contribuzione; organizzazione interna; clausola di bilanciamento dei saldi; clausola di divisione; cessione dei diritti di rimborso del capitale.

Il contratto deve prevedere le generalità di ogni singolo partecipante. Lo scopo del consorzio di credito è la concessione collettiva di credito ed il relativo diritto al rimborso in una gestione del rischio comune.

Ad ogni consorziato spetta anzitutto l'obbligo di concludere, direttamente o mediante la banca capofila, il contratto di finanziamento alle condizioni concordate con il debitore in proporzione alla quota di partecipazione. Nella prassi, il contratto di consorzio e quello di finanziamento sono stipulati nello stesso atto. Da tale stipula consegue l'obbligo di concessione del capitale in maniera diretta al creditore o alla banca capofila in base alla quota di partecipazione. Infine, è necessario esaminare la differenza tra consorzi con l'obbligo di deposito e quelli che non lo hanno. Il contratto potrebbe essere

⁸¹⁰ Il consorzio di credito finto viene spesso identificato come "credito parallelo"; tuttavia, tale denominazione è soggetta ad incomprensioni poiché dal punto di vista giuridico non si tratta solamente di un insieme di contratti di finanziamento, ma di un legame contrattuale dei singoli soci consorziati.

predisposto in maniera tale che la banca capofila conceda il fido e solamente in caso di mancanza di rimborso si rifaccia sugli altri consorziati⁸¹¹.

Un'altra modalità contrattuale prevede che il debitore scelga a quale emittente rivolgersi per prelevare la quota di finanziamento. A differenza del consorzio di emissione, secondo la dottrina, in tale tipologia consortile non esiste il dovere di accrescimento, in analogia all'art. 735, frase 2 BGB, nel caso in cui un consorziato non possa adempiere alla prestazione. Lo scopo del contratto è raggiunto quando il consorzio concede l'intero ammontare del finanziamento.

Gli accordi circa l'organizzazione interna del consorzio sono importanti in relazione alla durata della società. A tal fine è necessario accordarsi sul perimetro delle decisioni che possono essere prese dall'assemblea dei soci, sul termine dell'avviso di convocazione, sulle modalità di decisione, sulle modalità di esercizio del diritto di voto⁸¹². Inoltre, deve essere concordato se le decisioni possano essere prese a maggioranza (ed in questo caso se la maggioranza debba essere calcolata per teste o per quote di interesse) o se l'unanimità sia un requisito inderogabile.

Nel contratto verso l'esterno il debitore è obbligato a rimborsare i creditori uniformemente; visto che ciò nella prassi non accade sempre e che in caso di insolvenza del debitore il rischio sarebbe sopportato solamente da coloro le cui quote non siano state ancora rimborsate, nel contratto si inserisce una clausola di bilanciamento dei saldi mediante la quale i consorziati si impegnano mediante rimesse ad avere la stessa percentuale di rimborso in relazione alla quota di partecipazione.

Raramente il debitore rimborsa il credito in un unico pagamento, in quanto nella maggior parte dei casi egli paga gli importi ratealmente sul conto corrente della banca capofila che deve poi essere divisa da quest'ultima e distribuita agli altri consorziati. Per questo motivo nel contratto si inserisce la clausola di divisione (*sharing clause*) che si orienta ai singoli contributi dei partecipanti⁸¹³.

Spesso accade che il socio consorziato decida di cedere il proprio diritto di rimborso ad un terzo, giacché egli è il solo titolare della rivendicazione, ciò è possibile (anche nel consorzio di credito a meno che non sia costituito un patrimonio comune). D'altra parte il consorzio è interessato a mantenere nei vincoli societari le rivendicazioni dei singoli, così da assicurare l'uguale soddisfazione dei creditori. Per questo motivo il cessionario deve essere incluso nel contratto societario. A volte i soci si accordano sul divieto di cessione da intendersi come condizione risolutiva, ai sensi dell'art. 399 BGB, che consiste in questo caso nel consenso della banca capofila o di tutti i consorziati al trasferimento del diritto,

⁸¹¹ In questo caso la divisione del rischio è in primo piano; se, dunque si è in presenza di immobilizzazione di capitale e l'obbligo di deposito viene concordato. In questo caso i consorziati affidano le loro quote di credito alla banca capofila che poi si occupa di concedere il credito al debitore.

⁸¹² Sul punto, cfr. H.P. WESTERMANN, *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften*, Berlino-Heidelberg, 1970.

⁸¹³ Regolarmente la banca capofila crea dei conti correnti dove accredita la quota di rimborso ad ogni socio. Nel raro caso di consorzio falso, nel quale il debitore rimborsa il fido direttamente ad ogni singolo creditore, allo scadere di ogni periodo di tempo determinato viene comunicato alla banca capofila l'ammontare dei conti di ogni singolo creditore cosicché essa possa vigilare sull'uniformità del rimborso. A tale riguardo è preferibile prevedere, nel contratto societario, un obbligo di informazione di ogni singolo socio.

permesso solo se il cessionario entri nella società. Spesso tali divieti si trovano, sia nei contratti di credito, sia in quelli di consorzio. Visto che il divieto deve essere concordato tra il creditore e il debitore per essere valido nei confronti dei terzi, esso deve essere inserito nel contratto con effetto nei loro confronti. La cessione di un diritto - che deriva da un'operazione commerciale di due parti (che accade normalmente nel contratto di mutuo concluso tra consorzio e debitore) - è valida ai sensi dell'art. 354, comma 1, frase 1 HGB anche quando è stipulato un divieto di cessione. Secondo l'art. 354, comma 2 HGB ciò non vale in caso di un diritto che nasce da un mutuo e quando il creditore è un istituto di credito ai sensi del KWG. L'inclusione del divieto di cessione nel contratto di credito esclude dunque la cessione del diritto di rimborso del capitale (senza consenso del debitore) ai sensi dell'art. 399 BGB.

8.8 Combinazione di un *pool* e di un consorzio

Come già accennato, il consorzio di credito è spesso accompagnato da un *pool* di garanzia. Allo stesso tempo è facile ipotizzare che anche un consorzio di emissione nella forma di un puro consorzio di acquisto possa essere accompagnato da un *pool* di diritti di voto. La combinazione di tutte le forme contrattuali rappresenta il cd. *Sanierungskonsortium*, che si costituisce nella prassi, quando l'impresa è diventata inadempiente e si vuole evitare la sua insolvenza. I creditori si aggregano e concedono al debitore in comune dilazioni di pagamento e abbuoni di prestazione. Allo stesso tempo si forma un *pool* di garanzia. Se nella cd. fase di orientamento si nota che il risanamento dell'impresa può avere successo, si sviluppa nella seconda fase un progetto di risanamento. Spesso le facilitazioni, ovvero abbuoni e dilazioni, non bastano e si rendono necessari ulteriori finanziamenti. Nella fase di pianificazione si ricercano altri creditori disponibili al finanziamento dell'impresa in difficoltà. In questa maniera si costituiscono un consorzio di credito ed uno di emissione collegati con un *pool* di garanzia ed, eventualmente, con uno di diritti di voto. Contratti di consorzio per risanamento sono molto complessi e devono essere predisposti specificamente per l'impresa in difficoltà. Per la sua disciplina si rinvia a quella dei singoli contratti che lo compongono a meno che non siano stabilite clausole differenti.

9. Definizione e campo di applicazione di una *Joint Venture*

La denominazione *Joint Venture* comprende varie forme di cooperazione tra imprese legate alla realizzazione di un progetto⁸¹⁴. Con tale definizione si identifica la costituzione da parte di una pluralità di imprese di un nuovo soggetto giuridico, autonomo ed indipendente (*Gemeinschaftsunternehmen* - "impresa comune"⁸¹⁵). L'alleanza strategica intende realizzare il mero lavoro in comune delle imprese,

⁸¹⁴ Una comparazione completa ed esaustiva della regolamentazione inerente alla *Joint Venture* nell'ordinamento americano, quello da cui deriva, e della normativa introdotta in Germania è stata svolta da H. BRAUN, *Joint Ventures im amerikanischen und deutschen Internationalen Privatrecht*, Francoforte, 2000; mentre tra quello inglese e quello tedesco E. MICHELER, D. PRENTICE - *Joint Ventures in English and German law*, Oxford, 2000.

⁸¹⁵ Sulla *Gemeinschaftsunternehmen* cfr. H. WILDE, *Joint Ventures: Rechtliche Erwägungen für und wider die Einrichtung eines Gemeinschaftsunternehmens*, in DB 2007, 269 ss.

oppure l'accesso ai mercati, mediante la messa in comune delle forze delle società *partner* che tra loro restano indipendenti. Il progetto di una cooperazione di questo tipo può comprendere qualsiasi attività economica a meno che essa non sia vietata. Agli aderenti ad una *Joint Venture* è richiesto, a differenza di una qualsiasi partecipazione societaria, un effettivo lavoro di squadra. Il tipo di lavoro in comune che si vuole esercitare, spesso, non è inserito nel contratto di *Joint Venture* conosciuto anche come contratto di cooperazione, con il quale viene ad esistere una GbR con effetti interni, ragion per cui la *Joint Venture* è una società di persone. Tale tipo societario indica un rapporto di interessi comuni ma divergenti allo stesso tempo, poiché essi, da un lato convergono nel contratto di *Joint Venture*, ma dall'altro essi rimangono tra loro sempre indipendenti e concorrenti in altri affari. Conflitti possono manifestarsi quando la *Joint Venture* si trovi ad operare in concorrenza agli interessi di un suo aderente; per questo motivo, al fine di assicurare un'esistenza pacifica e duratura alla società, è necessario accordarsi precisamente sulle prestazioni che la *Joint Venture* potrà fare e sulla relazione con i singoli partecipanti.

9.1 Motivi per la costituzione di una *Joint Venture*

I motivi che spingono a costituire una *Joint Venture* possono essere molteplici, un ruolo importante in questo senso, è svolto dalla gestione in comune di risorse (ad esempio *Know-how*, brevetti, mezzi di finanziamento⁸¹⁶). In questa maniera e mediante la divisione del rischio, le imprese possono realizzare un progetto al quale non avrebbero potuto partecipare a causa degli alti costi o della singola capacità tecnica. La cooperazione produce nel settore della produzione enormi vantaggi, in quanto spesso grazie ad una *Joint Venture* ci si assicura anche il rifornimento di materie prime. Tale modello societario permette, inoltre, grazie alla partecipazione di un'impresa, operativa in un altro Paese, l'accesso a nuovi mercati, alcuni dei quali possono essere raggiunti, a causa di normative interne, solo se vi è la partecipazione di un'impresa locale⁸¹⁷. Per questo motivo grazie ad una *Joint Venture*, le imprese possono superare tali ostacoli normativi protezionistici⁸¹⁸; tuttavia, la stipula di una *Joint Venture* tra società concorrenti può anche comportare una limitazione della concorrenza. L'importanza di modelli imprenditoriali di questo tipo diventa nel contesto odierno di un'economia globalizzata sempre di maggiore rilevanza.

⁸¹⁶ I. ALTIN-SIEBER, *Joint Ventures, Technologietransfer und -schutz*, 1996, secondo cui tale modalità contrattuale ha conseguenze rilevanti in merito all'innovatività dell'impresa, permettendo il trasferimento tecnologico.

⁸¹⁷ Secondo il diritto privato internazionale tedesco per il contratto di *Joint Venture* le parti possono scegliere l'ordinamento giuridico che preferiscono per la sua disciplina; in tale maniera è possibile che esso segua una legislazione differente rispetto a quella del luogo in cui la società comune ha la sede (principio della sede) o a quella del luogo in cui essa è stata costituita (principio della costituzione). La validità di tali clausole di diritto privato internazionale devono essere valutate dal tribunale competente e, se esso è estero, bisogna controllare se accetti l'apposizione di tali clausole. Tale difficoltà viene di solito risolta dalle parti mediante l'inclusione di una clausola di arbitrato con annesso foro competente, in modo da evitare la procedura giudiziale.

⁸¹⁸ Sul tema del Diritto privato europeo e della *Joint Venture* in particolare v. S.R. GÖTHEL, *Joint Ventures im Internationalen Privatrecht*, Heidelberg, 1999.

In Europa la stipula di *Joint Venture* tra Pmi viene promossa mediante tre programmi comunitari JEV (*Joint European Venture*), ECIP (*European Community Investment Partners*) e JOP (*Joint Venture Program – Phare/Tacis*).

9.2 Tipi di *Joint Venture*

Per lo svolgimento di una *Joint Venture*, le parti possono scegliere di costituire una società giuridicamente autonoma ed indipendente (cd. società comune) da loro posseduta e controllata (*Equity Joint Venture*). La partecipazione ad una *Joint Venture* di questo tipo avviene mediante l'acquisto di una quota di proprietà, di cui gode ogni impresa *partner*. In questo tipo societario si vengono a costituire due soggetti, anche conosciuti come “*Doppelgesellschaft – società doppia*”⁸¹⁹, poiché i partecipanti ad una *Joint Venture* sono allo stesso tempo soci di una BGB-Gesellschaft e della società comune. A causa dell'autonomia statutaria e della possibilità che le decisioni dei singoli, mediante l'assemblea dei soci abbiano influsso sulla politica societaria, nel diritto tedesco l'ideale forma giuridica per una società comune è una GmbH o una GmbH & Co. KG⁸²⁰. Il lavoro in comune è possibile anche mediante un semplice rapporto obbligatorio tra le parti (*Contractual Joint Venture*), ovvero senza la costituzione della società comune⁸²¹.

Nel caso in cui la società comune sia costituita come una società di persone, ad esempio come GmbH & Co. KG, due requisiti per la costruzione della doppia società vengono a mancare. Da una parte, infatti, lo statuto di una società di capitali deve essere inviato al registro delle imprese per essere noto a tutti e non deve contenere, quindi, nessuna informazione riservata circa il lavoro in comune dei soci; in aggiunta il contratto di una società di persone non è sottoposto a nessuna normativa specifica sullo statuto, e dunque, può contenere informazioni sul lavoro in comune che in uno statuto di una GmbH sarebbero un corpo estraneo o addirittura vietate nello statuto di una AG. I motivi che spingono alla costituzione di una società comune, per il raggiungimento di una cooperazione tra le imprese di una certa durata, sono la volontà di ridurre la responsabilità dei singoli soci con riferimento all'attività svolta e quella di accedere al mercato collettivamente con il nome della *Joint Venture*⁸²².

La limitazione ad una *Joint Venture* contrattuale, invece, appare maggiormente motivata quando si voglia raggiungere un lavoro in comune più flessibile e limitato sia dal punto di vista temporale, sia da quello imprenditoriale in quanto legato all'esecuzione di un singolo progetto. Un modello di *Joint*

⁸¹⁹ Secondo la volontà delle parti le decisioni e gli accordi posti nel contratto di *Joint Venture* devono avere priorità rispetto al contratto di società comune. In caso di controversie tra i soci valgono, quindi, le misure contenute nel contratto di *Joint Venture*. In genere, si prevede che le parti, nei casi di controversie, siano obbligate a modificare il contratto societario rendendolo in linea con quello della *Joint Venture*.

⁸²⁰ Così M. HOFFMANN-BECKING, *Der Einfluß schuldrechtlicher Gesellschaftervereinbarungen auf die Rechtsbeziehungen in der Kapitalgesellschaft*, in ZGR, 1994, 442 ss.

⁸²¹ La differenziazione tra le due tipologie pone diversi problemi interpretativi, poiché nell'ordinamento tedesco si costituisce una GbR con effetti interni, con il semplice scopo di raggiungere un obiettivo comune.

⁸²² Uno svantaggio del modello societario di *Joint Venture* è costituito dalla fiducia che i soci devono avere l'uno con gli altri che rende necessario l'approfondimento nei minimi dettagli dell'operazione e dunque il sostenimento di costi elevati.

Venture di questo tipo è più facile da realizzare e da gestire, poiché, a differenza di quello societario, non ha una vita propria ed anche per il suo scioglimento sono previste meno formalità, visto che non necessita come società interna della liquidazione⁸²³. Nelle *Joint Venture* contrattuali, le parti hanno, in mancanza di provvedimenti normativi specifici, una grande flessibilità per la costituzione del contratto e per la sua organizzazione; quella societaria, invece, deve sottostare, almeno per alcuni aspetti, a normative inderogabili che ne caratterizzano la struttura. Una *Joint Venture* è anche maggiormente invisibile, giacché non ha obblighi di registrazione nel registro delle imprese, sebbene la disciplina *antitrust* richieda un minimo di pubblicità. Per quanto riguarda, invece, il modello societario, la riservatezza è garantita dalla circostanza che il contratto determina gli elementi essenziali, mentre lo statuto della società comune può rimanere poco dettagliato. Le *Joint Venture* non possono agire autonomamente sul mercato senza causare rischi di responsabilità sui *partner* e anche lo scambio di *know-how* viene limitato così anche gli effetti sinergici sono inferiori.

La differenza tra *Joint Venture* orizzontale e verticale si basa sul rapporto tra l'attività della società comune e quella dei singoli soci. Le prime sono quelle *Joint Venture* attive nello stesso settore produttivo dei singoli partecipanti mentre in quelle verticali le *Joint Venture* agiscono in un altro livello della filiera produttiva⁸²⁴.

9.3 Diritto *Antitrust*

La creazione di una società comune può sottostare secondo il diritto tedesco, ma anche secondo quello comunitario, al controllo delle fusioni (artt. 35 e ss. GWB, Regolamento comunitario nr. 139/2004) e/o al divieto della formazione di cartelli (artt. 1 e ss. GWB, Art. 101 EG). Il controllo ed eventualmente il divieto della costituzione di una società comune opera, secondo la disciplina del controllo delle fusioni, solamente quando si oltrepassino alcune soglie di fatturato ed il progetto conduce la *Joint Venture* a dominare il mercato o ad aumentare il suo controllo limitando l'efficace concorrenza tra le imprese. Al contrario, la disciplina sul divieto dei cartelli si applica già al solo sentore di una limitazione di concorrenza e porta alla nullità del contratto societario o ad alcune delle sue clausole. Le parti sono, quindi, costrette a costituire la società comune in modo "*konzentrativ*" e non "*kooperativ*" per cercare di rientrare nell'ambito di applicazione della sola normativa sul controllo di fusione.

9.3.1 Diritto tedesco *antitrust*

⁸²³ Su tal punto T. FETT, C. SPIERING, *Handbuch Joint Venture*, Heidelberg, 2010.

⁸²⁴ La figura della *Joint Venture* è stata approfondita, in particolar modo sulla sua utilizzazione nel commercio internazionale, da L. HUBER, *Das Joint-Venture im internationalen Privatrecht*, Zurigo, 1992.

Il BGH ha affermato, nel cd. caso “*Mischwerke*”, che la creazione di una società comune deve sottostare sia al divieto dei cartelli (art. 1 GWB) sia al controllo di fusione (artt. 35 e ss. GWB)⁸²⁵.

Una società di questo tipo, tuttavia, non deve sottostare all’art. 1 GWB quando la volontà contrattuale non conduce al coordinamento dei rapporti concorrenziali dei soci. Questo è possibile ed in linea con la decisione *Mischwerke* quando la società comune “pianifica, decide ed agisce autonomamente e dunque è attiva sul mercato come un soggetto giuridico indipendente”⁸²⁶.

L’art. 1 GWB trova applicazione soprattutto nel caso in cui i fondatori sono concorrenti tra loro e la costituzione della *Joint Venture* ha anche lo scopo di ridurre o di coordinare la concorrenza sul mercato, anche al di fuori della società comune (cd. effetto di gruppo)⁸²⁷. Ciò può essere deciso in base al caso singolo. Se la costituzione di una società comune non ricade sotto la disciplina dell’art. 1 GWB, non significa che il contratto non presenti delle limitazioni concorrenziali a favore dei soci che possano ricadere nell’art. 1 GWB. Quando la società comune può coordinare la concorrenza tra i partecipanti e non è possibile un esonero ai sensi degli art. 2 e 3 GWB, la limitazione della concorrenza può essere risolta solamente con lo scioglimento della società comune⁸²⁸.

Secondo l’art. 39, comma 1 GWB tutte le aggregazioni di impresa che ricadono nel perimetro di applicazione dell’art. 37 devono comunicare le loro intenzioni al *Bundeskartellamt* prima della loro unione. Le partecipazioni di almeno il 25 % costituiscono unioni di impresa anche se, nonostante la titolarità di tale quota, non si abbia il controllo della società partecipata; anche quelle inferiori possono essere soggette a comunicazione, quando possono condurre ad un influsso rilevante sul grado di concorrenza. La soglia per le imprese partecipanti ai sensi dell’art. 35, comma 1 GWB ammonta complessivamente a cinquecento milioni di euro di fatturato nell’anno precedente all’aggregazione e almeno uno dei partecipanti deve aver fatturato più di venticinque milioni di euro. Quando un progetto deve essere comunicato all’autorità, esso non può essere realizzato prima dell’autorizzazione (art. 41, comma 1, frase 1 GWB) e deve essere pubblicizzato su internet da parte del *Bundeskartellamt*⁸²⁹.

Un progetto è da vietare quando ci si attende che, mediante l’aggregazione, si realizzi una posizione di abuso di potere sul mercato, o un suo rafforzamento, a meno che le imprese non dimostrino che

⁸²⁵ Sugli aspetti relativi al Diritto tedesco della concorrenza v. W. GANSWEID, *Gemeinsame Tochtergesellschaften im deutschen Konzern- und Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden, 1976.

⁸²⁶ La lunga e consolidata differenziazione presente nel diritto comunitario tra *Joint Venture* basata su concentrazione o cooperazione può essere di aiuto per l’interpretazione ma non è sufficiente per l’ordinamento tedesco.

⁸²⁷ Sul rapporto dell’art. 1 GWB e la società comune v. H. SATZKY, *Gemeinschaftsunternehmen und das Kartellverbot des § 1 GWB*, Kiel, 1990.

⁸²⁸ Cfr. T. ZACHER, *Grundlagen und Gestaltung internationaler Joint Ventures*, in *ISr* 1997, 408 ss.

⁸²⁹ Per quanto riguarda il procedimento, l’art. 40 GWB regola il controllo del progetto di aggregazione in due fasi. Nella prima si divide il caso rilevante dal punto di vista concorrenziale da quello che non lo è. Per l’autorizzazione del caso non rilevante nella prima fase il *Bundeskartellamt* ha un mese di tempo; l’autorizzazione è data con una comunicazione amministrativa senza obbligo di forma. I casi più complessi sottostanno ad una verifica più approfondita. Il procedimento dura – quando non vi è un allungamento dei tempi previo accordo tra le parti e l’autorità – al massimo quattro mesi ed in genere termina con un diniego o con un’autorizzazione formale (art. 40, comma 2, frase 1 GWB); quest’ultima può essere concessa anche subordinatamente a condizioni - sospensive o risolutive – ai sensi dell’art. 40, comma 3 GWB.

L'aggregazione possa anche comportare un miglioramento della concorrenza e che tali vantaggi superino quelli della dominanza del mercato (art. 36, comma 1 GWB). La posizione dominante sul mercato viene presunta (ma è ammessa la prova contraria) col superamento di una determinata quota di mercato (art. 19, commi 2 e 3 GWB). La finzione di una fusione parziale con le società fondatrici assume rilevanza solamente per l'obbligo di comunicazione; tuttavia, il *Bundeskartellamt* verifica regolarmente anche le attività di tali imprese ed il loro rilievo è giudicato in base all'importanza dell'influenza esercitata sulla società comune⁸³⁰.

9.3.2 Diritto *antitrust* comunitario

Successivamente all'emanazione del nuovo regolamento comunitario 139/2004 sul controllo delle fusioni, il legislatore comunitario non differenzia più le società comuni "*konzernativ*" o "*kooperativ*"; inoltre, accanto alla disciplina anti-trust (art. 101), si applica quella sul controllo delle fusioni quando si tratta di società comuni pienamente funzionanti. Tale modalità di verifica comunitaria prevale su quella nazionale, mentre la parallela presenza di autorità interne e comunitarie per l'applicazione della disciplina concorrenziale rimane invariata.

Un'aggregazione di imprese nasce ai sensi dell'art. 3, comma 1 FKVO mediante la fusione di imprese che erano precedentemente indipendenti, o mediante il conseguimento del controllo in un'altra impresa. Secondo l'art. 3, comma 1, let. b FKVO, si è in presenza di un'aggregazione anche quando più imprese esercitano collettivamente il controllo su un'altra impresa.

Quest'ultimo si ha non solo quando le parti votano nella stessa maniera, ma anche quando un socio di minoranza, grazie a diritti, contratti, o circostanze varie, ha a disposizione possibilità aggiuntive di influenza che lo rendono capace di orientare le scelte societarie in temi chiave (in particolare per quanto riguarda la pianificazione aziendale, il bilancio, gli investimenti e la nomina/revoca dei manager).

Nella costituzione di una società comune il FKVO trova applicazione nel caso di un'impresa completamente funzionante. Una società comune ha una funzione completa, secondo l'art. 3, comma 4 FKVO, quando essa presenta i requisiti che le consentono di operare indipendentemente sul mercato per una certa durata. Essa, quindi, non può svolgere esclusivamente prestazioni secondarie a quella dei soci che la costituiscono. Se si costituisce un'impresa di questo tipo (o se in casi eccezionali non sia necessario il requisito della funzionalità dell'impresa), bisogna controllare, secondo l'art. 2, commi 2 e 3 FKVO, se la sua formazione possa intaccare considerevolmente la libera concorrenza. L'art. 2, comma 4 FKVO prevede che, nel procedimento di controllo sulla fusione, si controlli pure se il progetto rispetti l'art. 101 del TFUE, quando la costituzione della società comune ha anche lo scopo di coordinare i comportamenti concorrenziali delle imprese aderenti. A differenza dell'ordinamento

⁸³⁰ Secondo l'art. 39, comma 6 GWB le imprese partecipanti devono dare pubblicità del loro ingresso in un'aggregazione di imprese.

tedesco, quello comunitario prevede il controllo anti-trust e quello sulle fusioni nello stesso procedimento. La decisione sull'aggregazione si occupa anche degli accordi intercorsi tra le imprese, necessari al fine della costituzione di una *Joint Venture* (art. 6, comma 1, let. b), frase 2 e 8, comma 1, frase 2 FKVO), che invece sono esclusi dal campo di applicazione degli artt. 101 e 102 del TFUE.

Il FKVO è applicabile solamente per le aggregazioni di impresa nelle quali collettivamente si è raggiunto il valore di cinque miliardi di euro di fatturato nell'anno precedente a quello della fusione e nelle quali almeno due imprese abbiano un fatturato di almeno duecentocinquanta milioni di euro (art. 1, comma 2 FKVO). Secondo l'art. 1, comma 3 FKVO l'aggregazione ha ancora rilevanza e rientra nel campo applicativo del FKVO quando le imprese partecipanti raggiungano un fatturato complessivo di due miliardi e mezzo di euro, due imprese aderenti raggiungano cento milioni di euro e almeno in tre Stati membri siano operative imprese partecipanti con fatturato pari almeno a venticinque milioni di euro⁸³¹.

L'aggregazione è da vietare quando essa limita la libera concorrenza sul mercato in modo rilevante e quando causa una posizione dominante di un'impresa o il suo rafforzamento.

In una valutazione ai sensi dell'art. 101, comma 1 TFUE giocano un ruolo fondamentale le società comuni formate da imprese tra loro concorrenti, sia essi attuali, sia potenziali, ovvero coloro che – sebbene non lo facciano – sarebbero, comunque in grado di effettuare in autonomia le stesse prestazioni della società comune. Di concorrenti potenziali si viene in particolar modo a parlare, quando tali imprese abbiano la capacità tecnica per operare o quando la potrebbero ottenere mediante l'acquisto di licenze. Se la società comune agisce sullo stesso livello della filiera produttiva delle imprese partecipanti, la limitazione della concorrenza sarebbe molto probabile; pertanto se la società comune ricade nel campo di applicazione dell'art. 101 TFUE e non presenta le condizioni poste nella direttiva sull'esonero dei gruppi, devono essere verificati gli esoneri singoli previsti ai sensi dell'art. 101, comma 3 TFUE.

9.4 Diritto dei Gruppi

9.4.1 *Mehrmütterherrschaft* - Controllo cumulativo di una pluralità di imprese

Una società comune in genere non è controllata da un *partner* della *Joint Venture*. La giurisprudenza consolidata del BGH afferma che un'influenza di controllo ai sensi dell'art. 17, comma 1 AktG esercitato anche da più imprese, gerarchicamente uguali, è possibile quando nel caso concreto esiste un fondamento sicuro per l'esercizio in comune del controllo. Il coordinamento necessario per una dipendenza multipla si evince, generalmente, nel contratto di *Joint Venture*. A seguito del principio di controllo multiplo la società comune è esaminata da ogni partecipante e secondo l'ipotesi effettuata –

⁸³¹ In questo caso si considera il fatturato dell'anno precedente alla fusione; inoltre, come già visto nell'ordinamento tedesco, esiste un divieto di inizio del progetto prima dell'autorizzazione e dell'obbligo di pubblicità.

che, tuttavia, è confutabile – ogni aderente ad una *Joint Venture* è in un rapporto di gruppo (art. 18, comma 1, frase 3 AktG), sebbene le aderenti tra di loro non costituiscano alcun gruppo.

Quando i partecipanti ad una *Joint Venture* vogliono assicurare contrattualmente la gestione della società comune possono concludere con essa un negozio di controllo e di divisione dei profitti (artt. 291 e ss. AktG). Dal punto di vista del diritto societario, la giurisprudenza afferma che il contratto debba essere concluso dai soci controllori che devono rispettare le normative sulla disciplina dei gruppi. I soggetti del controllo sono coloro che costituiscono la società comune e non il coordinamento degli interessi o la gestione comune costituita ovvero la *BGB-Gesellschaft* interna. Quando i partecipanti hanno organizzato le loro attività in una *BGB-Gesellschaft* con effetti esterni anche il soggetto giuridicamente autonomo e titolare di diritti e doveri è qualificato come controllante.

9.5 Responsabilità dei partecipanti ad una *Joint Venture* per le obbligazioni della società comune

I soci di una società di capitali non rispondono generalmente delle obbligazioni dell'impresa (cfr. art. 13, comma 2 GmbHG), il superamento della personalità giuridica è, tuttavia, riconosciuto nel caso di confusione del patrimonio, ovvero nel caso di mancanza di trasparenza nella gestione dei libri contabili e nei casi di occultamento della separazione patrimoniale. Se la società comune è una GmbH & Co. KG tale principio può anche trovare applicazione.

Quando la società comune viene gestita da un socio in mancanza di un contratto che formalizzi tale gestione (gruppo di fatto), egli ha un obbligo di rimborso dei danni eventualmente arrecati. Se l'impresa è organizzata come una AG, quanto detto si desume dall'art. 317 AktG; per la GmbH e le società di persone, invece, ciò deriva dal dovere di fedeltà.

La gestione duratura e generale della società comune da parte di un partecipante ad una *Joint Venture* non fa sorgere una responsabilità, che invece viene ad esistere quando il partecipante agisce in modo da comprometterne l'esistenza. In queste ipotesi, la giurisprudenza configura una sua responsabilità e lo obbliga a rimborsare le perdite subite. La creazione di una società comune per lo svolgimento esclusivo di funzioni secondarie a quelle dei partecipanti non fa nascere una responsabilità fin quando la società non viene gestita per i suoi interessi. Per quanto riguarda il pareggiamento delle perdite i partecipanti ad una *Joint Venture* rispondono come debitori solidali e anche un socio con una micro partecipazione può essere chiamato ad anticipare il bilanciamento delle perdite complessive.

Nei gruppi contrattuali, e quindi nella stipula di un negozio di controllo o di divisione dei profitti, le imprese controllanti sono obbligate a bilanciare le perdite (art. 302, comma 1 AktG); in particolare, hanno l'obbligo di pagare i contributi annuali della società comune e devono recuperare completamente la quota delle perdite, assumendo pertanto una responsabilità illimitata.

9.6 Il contenuto del contratto di *Joint Venture*

La cooperazione in una *Joint Venture* normalmente viene formalizzata mediante la stipula di un contratto che contiene gli obiettivi e i contenuti che si vogliono realizzare. Con la conclusione del contratto si crea la BGB-Gesellschaft con effetti interni che non ha le caratteristiche di una pre-società, poiché, invece di cessare di esistere all'atto della costituzione della società comune (art. 726 BGB), essa continua ad esistere, visto che nel contratto societario è così stabilito o perché le parti si accordano nel senso di assumere obbligazioni che vanno oltre la creazione della società comune; ad esempio doveri di finanziamento e di promozione⁸³². A volte tali obblighi possono essere inseriti anche nel contratto della *Joint Venture*; ciò, tuttavia, è vietato in alcuni casi, come quello dei contratti con cui le parti si vincolano ad esercitare il voto in comune. Nel contratto di *Joint Venture* sono disciplinati l'attività economica della società comune (ad esempio prodotti venduti, capacità produttiva, mercati da raggiungere), il finanziamento e il rapporto futuro tra i partecipanti e tra essi e la società comune. Inoltre, nel caso della *Joint Venture* societaria il contratto contiene anche i settori regolamentati dallo statuto. In questa maniera si cerca di risolvere la possibilità di conflitti tra gli aderenti. Il contratto di *Joint Venture* e lo statuto devono essere separati tra loro; anche i negozi conclusi tra la *Joint Venture* e i suoi aderenti sono inseriti nel contratto di *Joint Venture*.

Per quanto concerne i profili legati alla forma, il contratto di *Joint Venture* non ha nessun vincolo, quando esso include la costituzione di una GbR interna. Se, invece, il negozio rappresenta il preliminare della costituzione di una società ed esistono obblighi di forma per la società che si vuole costituire successivamente sarà necessaria quella determinata forma. Se i partecipanti a una *Joint Venture* si obbligano a costituire una GmbH, il contratto societario dovrà essere concluso davanti ad un notaio (art. 2 GmbH)⁸³³. La disciplina della forma rappresenta un obbligo inderogabile per le parti che esiste solo quando il preliminare ricalca il contenuto del contratto che si andrà a concludere in tutte le sue parti principali. Per una GmbH i requisiti fondamentali sono, ai sensi degli artt. 3. comma 1 e ss. GmbH, alcuni contenuti dello statuto quali nome, sede, oggetto, capitale sociale, deposito iniziale ed anche i contenuti essenziali del contratto. Di conseguenza tutti questi elementi devono essere inclusi, inderogabilmente, anche nel preliminare. Nel caso in cui la forma non sia rispettata e sebbene il contratto presenti tutti gli elementi richiesti, si è in presenza di una pre-società di fatto.

9.7 Profili giuridici della società comune

Mediante la costituzione di una società comune, o l'acquisto in comune di una società già esistente, nasce la cd. doppia società, poiché gli aderenti a una *Joint Venture* sono sia soci di una GbR interna sia soci della società comune. La differenza tra le due figure si mostra, in particolare, quando le parti

⁸³² Sulle clausole inseribili in un contratto di *Joint Venture* v. H. FLEISCHER S. SCHNEIDER, *Zulässigkeit und Grenzen von Shoot-Out-Klauseln im Personengesellschafts- und GmbH-Recht*, in DB 2010, 2713 ss.

⁸³³ Sul punto U. NOACK, *Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften*, Tübingen, 1994.

contrattuali delle due società non sono le stesse. La creazione di una società comune non è obbligatoria e nella prassi, non è attuata, a causa del pericolo derivante dalla disciplina della responsabilità di colui che agisce (art. 11, comma 2 GmbH). Per questo motivo i partecipanti creano una scatola societaria (*Vorratsgesellschaft*) come società comune o con questo scopo ne acquistano una già esistente⁸³⁴. Un aderente ad una *Joint Venture* può, inoltre, partecipare alla società di un altro *partner* mediante la cessione di quote o un aumento di capitale. Spesso i soci di una *Joint Venture* non si impegnano direttamente nella società comune, ma fanno agire imprese da loro controllate.

Per quanto riguarda la natura giuridica della società comune⁸³⁵, grazie alla limitazione di responsabilità, per le *Joint Venture*, spesso vengono utilizzate le società di capitali. In particolare, nell'ordinamento tedesco la figura preferita è la GmbH, grazie all'autonomia dello statuto (art. 45, comma 1 GmbH) che ben si adatta alle necessità di flessibilità da parte dei partecipanti. Il diritto di controllo dell'assemblea dei soci (art. 37, comma 1 GmbH) permette ai *partner* di gestire in maniera flessibile la *Joint Venture*, mentre in una società per azioni il consiglio di amministrazione gestisce la società senza che l'assemblea possa esprimere un proprio giudizio. Questo va contro il desiderio, alla base di una *Joint Venture*, di controllo delle attività. Nel caso in cui si utilizzino scatole societarie, secondo il BGH, si dà luogo alla costituzione di una nuova impresa e quindi occorre osservare la relativa disciplina⁸³⁶. Così, ad esempio, va di nuovo data la comunicazione (in maniera analogica all'art. 8, comma 2 GmbHR).

Una società di persone può, a sua volta, essere utilizzata come società operativa di una *Joint Venture*. I vantaggi delle società di persone riguardano i minori vincoli legali per la loro costituzione e per la loro organizzazione. Nel registro delle imprese, inoltre, non deve essere iscritto il contenuto del contratto societario. Lo svantaggio principale, invece, è costituito dalla responsabilità illimitata dei soci che proprio in una *Joint Venture* può risultare molto pericolosa. Per questo motivo si predilige l'utilizzo della GmbH & Co. KG nella quale è possibile limitare la responsabilità. In una società operativa costituita come una società di persone spesso non si crea la doppia struttura perché il rapporto societario previsto dal contratto, non deve sottostare ad alcun obbligo di forma e di organizzazione⁸³⁷.

Oltre al contratto di *Joint Venture* e a quello di costituzione della società, tra i partecipanti e la società comune sono stipulati altri contratti di accompagnamento che riguardano, ad esempio, l'uso delle licenze, la tutela dei diritti d'immagine, i prestiti, il trasferimento di personale, il *management*, la distribuzione, i servizi connessi all'attività produttiva. Questi contratti acquistano notevole importanza

⁸³⁴ La natura giuridica della *Joint Venture* che si vuole costituire è stata approfondita da F. ROPOHL, J. SCHULZ, *Gestaltungsmöglichkeiten zur Strukturierung eines Joint Venture Unternehmens*, in *GmbHR* 2008, 561 ss.

⁸³⁵ Più approfonditamente J. BLOMEYER, *Die Rechtsnatur der Gesamthand*, in *JR* 1971, 397.

⁸³⁶ Sulla disciplina della società comune cfr. J. WOLFRAM, *US-amerikanischer Deadlock und Selbstblockade der GmbH-Organen*, Francoforte, 1999.

⁸³⁷ Nella prassi sono presenti anche diverse modalità miste, spesso i soci partecipano a una *Joint Venture* costituita come GmbH. Come esempio di forma atipica vi è la partecipazione occulta (*stille Beteiligung*), nella quale tale società si pone come una *Mitunternehmenshaft* dei soci ad una *Joint Venture*, avvicinandosi al modello della GmbH & Co. KG.

nel lavoro in comune della *Joint Venture* che utilizza i servizi dei singoli *partner*. Per evitare conflitti sulla stipula o sul contenuto di questi contratti è consigliato – e ciò quasi sempre si verifica nella prassi – di includere tali negozi nel contratto istitutivo di *Joint Venture*.

Nucleo essenziale del lavoro in comune in una *Joint Venture* è costituito dal suo contratto istitutivo, che nella regola include almeno una bozza dello statuto della società comune che si vuole costituire ed i contratti per il suo svolgimento, le loro bozze o almeno i contenuti per evitare situazioni di conflitto. In una *Joint Venture* societaria il contratto vale come atto costitutivo per lo statuto della società comune e anche del contratto di GbR.

Il contratto di *Joint Venture* fissa l'oggetto e limiti dell'attività d'impresa, lo scopo e i settori del lavoro in comune tra gli aderenti. Tale regolamentazione costituisce la clausola di scopo dello statuto della società che si sta costituendo (art. 1 GmbHG). A differenza delle società non riferite ad un progetto specifico, nelle quali lo scopo societario è spesso vasto e aperto per garantire la massima flessibilità alla società, gli aderenti ad una *Joint Venture* illustrano il loro oggetto nella maniera più dettagliata e precisa possibile, poiché essi devono ben delineare le differenze tra le attività della società comune e quelle di loro interesse. Tale delimitazione può essere utilizzata come base per un divieto di concorrenza tra un partecipante e la società.

La *BGB-Gesellschaft* che nasce alla conclusione del contratto di *Joint Venture* rappresenta, nei confronti della società comune, una fase pre-costitutiva. Fino alla sua costituzione sono necessari una pluralità di atti che devono essere divisi tra i vari partecipanti. Il contratto societario deve essere redatto e firmato dai soci, la società deve essere iscritta nel registro delle imprese, devono essere intrapresi accordi con le autorità e richieste le autorizzazioni; anche la divisione dei costi può essere già contenuta nel contratto di *Joint Venture*.

Nel contratto di *Joint Venture* devono essere inserite le condizioni generali del lavoro in comune che includono informazioni su: luogo di produzione, campionario dei prodotti, capacità produttiva annuale. Possono essere inclusi nel contratto, il quale racchiude anche una serie di informazioni utili per la realizzazione del progetto anche i costi totali di investimento programmati e il loro sostentamento, così come gli eventuali importi ulteriori in caso di aumento dei costi. Tali condizioni generali costituiscono la base necessaria su cui disegnare il negozio societario. Un elemento di centrale importanza che necessita una disciplina specifica riguarda i contributi da apportare, che includono il *know-how* e tutti i beni immateriali⁸³⁸.

Il contratto di *Joint Venture* include anche informazioni generali sul finanziamento che chiariscono la modalità di soddisfazione dei bisogni di capitale della *Joint Venture* (capitale proprio o di terzi, prestiti

⁸³⁸ Nel contratto di *Joint Venture* rientra anche la disciplina che riguarda le conoscenze (analisi di mercato, risultati di ricerche o di sviluppo e scoperte) ed altri risultati (brand) ottenuti dal lavoro in squadra. Normalmente viene escluso l'utilizzo di qualsiasi innovazione nella società comune che non derivi esclusivamente dalla sua attività; in aggiunta spesso ci si accorda anche in ordine alla divisione successiva allo scioglimento della *Joint Venture*.

dei soci). Nel caso di un finanziamento da parte dei terzi bisogna anche indicare se i soci devono fornire ai finanziatori garanzie. Infine è necessario disciplinare il caso in cui un socio non voglia o non possa soddisfare il bisogno di finanziamento successivo.

9.8 Obblighi dei soci della *Joint Venture*

Le parti del contratto di *Joint Venture* si obbligano a mantenere sotto riserbo le informazioni di cui dovessero venire a conoscenza grazie al lavoro in comune e alla gestione della società comune.

Il contratto di *Joint Venture* dà luogo ad una serie di accordi sul vincolo di voto in comune per una pluralità di misure della società. I *partner*, oltre alla cooperazione, perseguono propri interessi economici, per cui gli interessi della società comune sono solo secondari. Per questo motivo essi vogliono delineare la politica societaria della società comune piuttosto che descrivere o fissare in maniera scritta le condizioni generali. Le singole imprese regolano tutti i contenuti nel contratto, in maniera da accordarsi precedentemente sui comportamenti da adottare in futuro nel caso in cui si manifestino le condizioni ipotizzate. Le materie per le quali le parti si accordano già nel contratto sono le più disparate e riguardano diversi aspetti dell'organizzazione come, ad esempio, la nomina degli organi societari, gli aspetti della politica societaria etc. Spesso i soci si obbligano nel contratto di *Joint Venture* a vincolarsi in maniera molto generale, ovvero ad esercitare il voto nella società comune in linea con quello che è stabilito dal contratto. Prima dell'adesione alla società comune bisogna analizzare se il contratto di *Joint Venture* si possa qualificare come un contratto di controllo. In caso affermativo, esso necessita del consenso dell'assemblea dei soci ed è soggetto all'iscrizione nel registro delle imprese. Nel caso di nullità della forma il pareggiamento delle perdite si verificherebbe ai sensi dell'art. 302 AktG, mentre la validità delle altre regolamentazioni sarebbe controversa.

La legge pone dei limiti ai legami di voto comune, così il settore di competenza degli azionisti è molto ristretto (artt. 76, 119 AktG): sulla politica societaria decidono solo se il consiglio di amministrazione glielo chiede, in quanto la competenza di quest'ultimo non è limitabile dai legami di voto degli azionisti. Al contrario, nelle GmbH essi hanno un ruolo attivo, grazie al diritto di controllo che i soci hanno, sebbene essi non possano essere obbligati ad avere comportamenti contrari alle regole di buon costume o contro norme imperative. Controverso è il caso in cui sia approvata una decisione dall'assemblea che vada contro l'accordo di voto comune del contratto di *Joint Venture*. L'esercizio di voto contrario al vincolo di legame è valido perché il vincolo ha effetto solamente tra le parti mentre la delibera dell'assemblea è valida; tuttavia, il BGH ha affermato l'invalidità di una decisione assunta dall'assemblea quando tutti i soci erano obbligati al vincolo di legame del voto⁸³⁹.

⁸³⁹ Sui profili legati alla votazione nell'assemblea delle *Joint Venture* internazionali v. R.C. WOLF, *The Complete Guide to International Joint Ventures*, L'Aia - Londra - Boston, 2011.

9.9 Durata del contratto e recesso del socio

Il contratto di *Joint Venture* può avere una durata determinata, ma ciò non è nella prassi la tipologia maggiormente diffusa; spesso è previsto che il contratto di *Joint Venture* non produca più effetti quando uno dei soci decida di uscire dalla *Joint Venture*. Inoltre, questi ultimi hanno un diritto di recesso, ma occorre notare che attraverso il suo esercizio il socio esce dall'impresa, provocandone l'estinzione. Il recesso del socio è, tuttavia, poco probabile e costituisce una *extrema ratio* visto che gli investimenti effettuati per una *Joint Venture* sono, in genere, non riutilizzabili per altri progetti. Le decisioni sulla durata del contratto e sul recesso necessitano della decisione di tutti i soci del contratto societario, ma anche dei contratti secondari. Ai sensi dell'art. 723, comma 1, frase 2 BGB il diritto di recesso per giusta causa da una *Joint Venture* non può essere vietato.

9.10 Regolamentazione dello statuto dell'aggregazione di imprese

I soci possono anche decidere quanti dettagli relativi allo statuto dell'impresa comune vogliono includere nel contratto di *Joint Venture*. Normalmente esso contiene informazioni circa la forma giuridica, la titolarità delle quote di capitale, il management della società e spesso anche la normativa sui diritti di nomina delle cariche sociali. Nella prassi sono molto sviluppate anche clausole circa la redazione del bilancio, politica dei dividendi e gli obblighi di informazione della società comune. Per evitare l'ingresso di soci indesiderati, è possibile prevedere un diritto di prelazione degli altri soci nel caso in cui uno di essi voglia vendere le sue quote; lo stesso vale per il recesso con la previsione di una opzione di acquisto in favore degli altri soci che vogliono evitare lo scioglimento e la liquidazione della *Joint Venture*.

In Germania è frequente l'utilizzo di una società di capitali o una GmbH & Co. KG poiché le parti vogliono escludere la responsabilità illimitata che deriva dalla conclusione di una società di persone. La sede amministrativa della società viene scelta, normalmente, in base al mercato in cui la *Joint Venture* voglia agire, ovvero la sede in cui vengono prese le decisioni di politica aziendale e dove esse vengono eseguite sul mercato. In una *Joint Venture* internazionale bisogna fare attenzione, a seconda che la legislazione dello Stato in cui la società ha sede segua il principio della sede o quello della costituzione. Nel caso in cui prevalga il secondo (come ad esempio accade per l'ordinamento tedesco), la società dovrà adeguarsi alla normativa dello Stato in cui essa è stata costituita. La società, quindi, può essere creata in qualsiasi Paese in cui si segua il principio di costituzione.

Viceversa, in uno Stato che segue l'altro principio, la società non può essere fondata se essa non mantiene lì la propria sede, perché altrimenti essa non sarebbe costituita in maniera valida⁸⁴⁰. Questo, tuttavia, non vale grazie alla libertà di stabilimento prevista dagli artt. 49 e 54 TFUE quando le imprese

⁸⁴⁰ Un'analisi sulle imprese internazionali che decidono di costituire una *Joint Venture* in Germania è stata svolta da H.G. KOPPENSTEINER, *Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht*, Francoforte, 1971.

abbiano la sede in un Paese membro dell'Unione Europea o del trattato EWR e decidano di trasferirsi in un altro Paese membro. L'ordinamento giuridico di appartenenza di una impresa di questo tipo è da riconoscere nel Paese in cui la società sia stata costituita. Per tale motivo è autorevole affermare che la disciplina della sede di un'impresa, secondo la libertà di stabilimento stabilita agli artt. 49 e 54 TFUE, segue il principio di costituzione della società. Anche quando nel contratto di *Joint Venture* si scelga di rispettare il diritto tedesco bisogna prestare attenzione, in caso di *Joint Venture* internazionale⁸⁴¹, ai rapporti giuridici tra le parti delle molteplici legislazioni sia privatistiche che pubblicistiche dello Stato ospitante, come ad esempio le limitazioni del commercio, le sovvenzioni, le leggi sulla tecnologia, il diritto tributario, il diritto della contabilità, la revisione azienda, il diritto della protezione degli investimenti e provvedimenti locali⁸⁴².

La divisione delle quote è uno degli elementi di maggiore importanza del contratto di *Joint Venture*, in quanto esse possono essere distribuite in maniera paritaria o asimmetrica⁸⁴³. Un investitore, che teme una compartecipazione alle perdite, ha interesse a possedere la partecipazione maggioritaria, in maniera tale da controllare ed influenzare la formazione della volontà. Al contrario, il socio di minoranza può avere notevole influenza sulle decisioni della società, quando gli sia concesso un diritto di veto sulle decisioni fondamentali dell'impresa. Un ruolo importante nella scelta di assegnare quote paritarie o asimmetriche è rivestito anche dalla modalità del lavoro in comune che si vuole svolgere. Nella prassi, a volte, si realizzano anche delle asimmetrie incrociate, in modo tale che le imprese partecipino in misura minoritaria alle società controllate dagli altri soci della *Joint Venture* e mediante tale costituzione vengono ad esistenza due o più società comuni. La quota di partecipazione non deve essere la stessa di influenza sul management; essa può essere differente in base ai requisiti della maggioranza qualificata, dei diritti multipli di voto e delle partecipazioni senza diritto di voto. L'uguaglianza di voto non deve essere sempre raggiunta e dipende dagli accordi tra i soci. Al contrario, in una *Joint Venture* si può parlare di "uguaglianza latente", poiché essa richiede un lavorare in comune effettivo per la realizzazione dello scopo comune, per il cui raggiungimento è necessario che i soci abbiano la stessa partecipazione alle decisioni.

Ai soci di una GmbH possono essere assegnati dallo statuto diversi altri obblighi secondari (art. 3, comma 2 GmbHG), che hanno ad oggetto apporto di denaro e servizi, così come prestazioni di *facere* o di non *facere*. Tali obblighi hanno efficacia, come del resto tutto lo statuto, verso tutti i futuri partecipanti alla società. Tali obblighi, oltre che dal contratto costitutivo, possono derivare anche da contratti secondari, che vengono successivamente inseriti in quello della *Joint Venture* o lasciati da parte,

⁸⁴¹ Cfr. H. SCHAUMBURG, *Internationale Joint Ventures*, Stoccarda, 1999.

⁸⁴² Sulla funzionalità di tale istituto societario v. K. LANGEFELD-WIRTH, *Joint Ventures im internationalen Wirtschaftsverkehr*, Heidelberg, 1990.

⁸⁴³ In materia, invece, di distribuzione degli utili, il contratto assegna la competenza all'assemblea dei soci. Spesso il contratto di *Joint Venture* contiene la regolamentazione secondo la quale i profitti o una quota di essi deve essere accantonata in riserve fino al raggiungimento di una determinata soglia o investita ad una determinata percentuale.

producendo effetti meramente obbligatori. In caso di vendita della partecipazione ad una *Joint Venture*, tali obblighi non vengono trasmessi a meno che le parti non si accordino diversamente.

9.11 Organi della società comune e formazione della volontà

Il contratto di *Joint Venture* contiene, in genere, informazioni circa il numero dei direttori della società, la composizione del consiglio di sorveglianza e il diritto di nomina dei soci di una *Joint Venture*. Questi ultimi devono essere inseriti, ai sensi dell'art. 45, comma 2 GmbHG, nel contratto di GmbH. Una possibilità meno intensa di agire sulla composizione degli organi sociali è costituita dai diritti di proposta. Spesso per la gestione della società comune sono stipulati dei contratti di management che vanno dalla semplice consulenza fino alla gestione assoluta dell'impresa⁸⁴⁴. La concessione di una procura, mediante la quale, si trasmette a terzi la gestione della società non è permessa al di fuori degli schemi dei contratti di gestione aziendale (art. 292, comma 1, nr. 3 AktG). Se la direzione societaria è soggetta al diritto di controllo dei soci, il contratto di management avrà gli stessi obblighi di pubblicità necessari per il contratto istitutivo di società.

Le decisioni sono deliberate mediante il principio di unanimità che comporta una visione personalistica della *Joint Venture* riducendone enormemente la capacità di azione, in quella conclusa da due *partner*, tale principio è la regola, mentre se le parti sono più di due, l'unanimità è riservata solamente alle questioni fondamentali, sebbene la disciplina legale prevede il principio dell'unanimità.

Una difficoltà particolare nelle *Joint Venture* è connessa alle soluzioni in caso di stallo, che possono verificarsi, soprattutto, in società partecipate in maniera paritetica da due imprese e possono essere risolte, sia in maniera interna mediante la modifica della decisione di voto di un aderente, sia esternamente, ovvero grazie all'intervento di un terzo che autonomamente decida quale sia la migliore votazione da attuare per gli interessi della *Joint Venture*. Una soluzione interna può anche essere quella di dotare un socio di maggiori diritti in maniera che egli possa avere sempre la maggioranza nell'esercizio del diritto di voto. Nella prassi è diffusa la regolamentazione secondo la quale, successivamente ad un inefficace ricorso di arbitrato, il caso viene sottoposto all'attenzione dei consigli di amministrazione dei soci in maniera tale che essi lo possano risolvere⁸⁴⁵.

Ipotizzabile è anche la soluzione di distribuire ad un terzo una quota limitata di capitale che, però, possa fare la differenza, nel caso in cui sorga una controversia, tra gli altri soci, titolari di una quota paritaria. I soci potrebbero anche possedere esclusivamente la società, ma lasciare al terzo indipendente il diritto di decidere quale voto sia il migliore per gli interessi dell'impresa oppure nominare nel consiglio persone esterne. In tale ultima ipotesi, tuttavia, esiste il rischio che anche nel consiglio, sebbene indipendente, ci sia una situazione di stallo. Se un membro del consiglio indipendente è scelto

⁸⁴⁴ N. SCHULTE, D. POHL, *Joint Venture-Gesellschaften*, Colonia, 2015.

⁸⁴⁵ Tale soluzione è maggiormente percorribile quando già nell'arbitrato le parti si erano dimostrate pronte alla formazione di compromessi.

in comune dai soci, la sua indipendenza in situazioni di questo genere potrebbe essere velocemente compromessa; per questo motivo, rimettersi alla decisione di un membro indipendente non appare una situazione vincente. Nel caso in cui le controversie e la situazione di stallo derivino da elementi non fondamentali, appare corretto prevedere una mediazione interna, e nel caso in cui essa fallisca, un arbitrato esterno⁸⁴⁶.

Nel caso in cui i conflitti che nascono tra soci non siano risolti da nessuna procedura di soluzione delle controversie, si può apporre una clausola che, in *extrema ratio*, stabilisca, in queste situazioni, l'obbligo di vendita delle quote di uno dei partecipanti o lo scioglimento della *Joint Venture*.

9.12 Divieto di concorrenza

Nel contratto di *Joint Venture* spesso si stabiliscono i mercati nei quali i soci non possono entrare in concorrenza con la società comune. Se, invece, nel contratto non è stabilito nulla in proposito e la società operativa è costituita come una società di persone si applica l'art. 112 HGB per i soci che rispondono illimitatamente con il loro patrimonio, ovvero i soci in una oHG e quelli accomandatari in una KG. I soci accomandanti, invece, non sottostanno ad alcun divieto di concorrenza (art. 165 HGB), a meno che essi non abbiano, in qualità di soci di controllo, influenza sulla direzione societaria.

In una GmbH appare idonea l'inclusione del divieto di concorrenza nello statuto perché i contenuti e i limiti del divieto di concorrenza dei soci di una società a responsabilità limitata non sono completamente definiti ed in una società costituita come GmbH non esiste il divieto di concorrenza per i soci. Tuttavia, per la GmbH si riconosce un divieto di concorrenza per i soci di controllo o per coloro che hanno un'influenza rilevante sulla gestione della società o che possono averla grazie all'obbligo di fedeltà.

Le clausole limitative della concorrenza devono essere verificate secondo la normativa *antitrust*; se si tratta di una *Joint Venture* di concentrazione, il divieto di concorrenza dei fondatori con quelli della società comune non è rilevante per il diritto comunitario, poiché in questa maniera i soci della *Joint Venture* lasciano il mercato definitivamente e non si costituisce alcun cartello. I divieti di concorrenza per quanto riguarda una *Joint Venture* cooperativa, invece, devono sottostare alla disciplina dei cartelli comunitaria e nazionale e per questo motivo necessitano dell'autorizzazione.

9.13 Modificazione del lato soggettivo della società

Il cambio dei soci in una società comune è possibile ed in genere soggetto al consenso di tutti i partecipanti. In una società di persone la disciplina legale prevede l'unanimità, mentre nelle GmbH essa si raggiunge mediante la *Vinkulierung* (art. 15, comma 5 GmbHG). Spesso un trasferimento di una quota ad un'impresa collegata ad un socio della *Joint Venture* viene eseguita in maniera semplificata. A

⁸⁴⁶ Sul punto A. STENGEL, *Joint Ventures*, § 21, *Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften*, Monaco, 2009.

causa della doppia struttura della *Joint Venture* societaria, bisogna notare che un cambio nella società comune ne comporta uno anche nella GbR interna e viceversa un'uscita dalla BGB-*Gesellschaft* interna è collegata alla vendita delle quote nella società comune.

Nel caso in cui il lavoro in comune in una società comune dovesse essere terminato i soci hanno a disposizione due possibilità: scegliere lo scioglimento dell'impresa o vendere la quota di colui che vuole recedere ad un altro *partner*. Ipotizzabile è anche la vendita ad un terzo soggetto e la trasmissione dell'azienda mediante un accordo sugli *assets*. Visto che la situazione relativa all'uscita di un socio ed alla fine del lavoro in comune non può essere completamente prevista, appare idoneo inserire nel contratto di *Joint Venture* un diritto di recesso del socio, al quale spesso a tale recesso si accompagna l'opzione per l'altro socio di continuare il progetto a meno che egli non sia spinto ad uscire proprio per l'inadempimento o per una violazione contrattuale dell'altro contraente; in questo caso, il socio uscente deve avere la possibilità di continuare il progetto⁸⁴⁷. La valutazione della quota di partecipazione crea difficoltà perché una sua valutazione oggettiva è complessa. Una possibile soluzione a tale controversia è la cd. clausola *shotgun*, secondo la quale il socio recedente deve decidere per la sua uscita un prezzo determinato. Numerosi contratti includono una versione più *soft* di tale clausola, ad esempio prevedendo in caso di pluralità dei soci la creazione di un'asta tra gli stessi per la quota in cessione.

Nel caso di uscita di un socio dall'impresa comune bisogna considerare anche il destino degli altri contratti del partecipante (licenze, brevetti) che, normalmente, sono conclusi in maniera da consentire anche da essi il recesso.

Per quanto riguarda la continuazione dell'azienda, l'opinione più autorevole in dottrina ritiene che l'art. 24 HGB non si applichi alla GmbH; così la denominazione dell'impresa, sebbene contenga il nome del socio uscente, non necessita di nessuna autorizzazione successiva. L'inapplicabilità dell'art. 24 alla GmbH è stata motivata sulla base del fatto che i suoi soci, al contrario di quelli di una società di persone, non sono obbligati ad aggiungere il loro nome nella denominazione societaria.

Secondo le modifiche della HRefG, ormai anche imprenditori individuali e società di persone possono gestire una *Sachfirma*; per questo la riconduzione teleologica all'art. 24 HGB non può essere più supportata ed esso si applicherà anche ad una GmbH. Tuttavia, appare ragionevole stabilire un obbligo a carico dei soci rimanenti di eliminare gli elementi che possano ricondurre la *Joint Venture* al socio uscito.

⁸⁴⁷ In nessun caso il socio recedente può godere di vantaggi, dunque se un accordo con gli altri soci non può essere raggiunto essi devono avere la possibilità di co-uscita. In tale maniera viene data a tutti la possibilità di esercitare il diritto di recesso e vendere le proprie quote ad un terzo (cd. clausole *piggy-back* e diritti *tag-along*).

Bibliografia

- K. ABMEIER, *Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung und nationales Recht*, in *NJW* 1986, 2987 ss.
- L. V. ADERHOLD, *Das Schuldmittel der BGB-Gesellschaft*, 1981.
- M. ALBERTS, *Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Umbruch*, Berlino, 1994.
- G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 35 ss.
- K. ALTHOFF, *Die EWTIV als Kooperationsinstrument des Mittelstandes*, Hannover, 1994.
- I. ALTIN-SIEBER, *Joint Ventures, Technologietransfer und -schutz*, 1996.
- H. ALTMEPPEN, *Deliktshaftung in der Personengesellschaft*, in *NJW*, 2003, 1553 ss.
- H. ALTMEPPEN, *Die Grenzen der Zulässigkeit des Cash Pooling*, in *ZIP*, 2006, 1025 ss.
- H. ALTMEPPEN, *Die Dogmatik zur Grundbuchfähigkeit der GbR*, in *ZIP* 2011, 1937 ss.
- I. ALVINO, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, Milano, 2014.
- C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, in *L'impresa*, a cura di B. LIBONATI e P. FERRO-LUZZI, Milano, 1985, 184 ss.
- C. ARMBRÜSTER, *Das BGH-Urteil zur GbR: Konsequenzen für die Praxis*, in *GE*, 2001, 821 ss.
- C. ARMBRÜSTER, *Die Entwicklung der Rechtsfähigkeit der GbR seit «ARGE Weißes Ross»*, in *ZGR*, 2013, 366 ss.
- T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: istituzioni di diritto industriale*, Milano, 1960.
- Associazione Italiana Politiche Industriali – AIP, *Reti d'impresa: profili giuridici, finanziamento e rating*, 2011; *Fare reti d'impresa*, 2009; *Reti d'impresa oltre i distretti*, 2008; *Modelli di crescita delle Pmi*, 2007.
- A. ASTOLFI, *Il contratto di "joint venture"*, Milano, 1981, 337 ss.
- G. AULETTA, voce *Consorzi commerciali*, in *Nuovo Digesto Italiano*, III, Torino, 1938, 956 ss.
- G. AULETTA e N. SALANITRO, *Diritto commerciale*, Milano, 2008.
- K. AUTENRIETH, *Die inländische Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWTIV) als Gestaltungsmittel*, in *BB* 1989, 305 ss.
- K. AUTENRIETH, *Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWTIV)*, *Steuer-Telex*, Colonia, 1990.
- A. BACH, *Die BGB-Gesellschaft als Mitglied einer Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWTIV)*, in *BB* 1990, 1432 ss.
- A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, 1971, 608 ss.
- A. BALDASSARRE, *Fonti, diritto internazionale, autonomia privata, classificazione*, Torino, 2000.
- K. BALLERSTEDT, *Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der Personengesellschaften*, in *JuS* 1963, 253 ss.
- A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica, profili generali*, in AA.VV. *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V. CUFFARO, Napoli, 1998, 297 ss.
- M. BARGAGLI, *Contratto di rete: i vantaggi*, in *Pmi*, 10, 2011, 12 ss.
- J. BASEDOW, *Europäisches Internationales Privatrecht*, in *NJW* 1996, 1921 ss.

- A. BASSI, *Cooperazione e mutualità. Contributo allo studio della cooperazione di consumo*, Napoli, 1976;
- A. BASSI, *Le società cooperative*, Torino, 1995;
- A. BASSI, *Principi generali delle società cooperative*, Milano, 2004.
- A. BASSI, *Un bilancio della riforma dello scopo mutualistico dieci anni dopo*, in *Giur. Comm.*, 2014, 67 ss.
- P. BENAZZO, *I diritti di voice e di exit nei contratti di rete "riconosciuti"*, in *Riv. Soc.*, 4, 2012, 677 ss.
- S. BERNER, *Sicherheitspools der Lieferanten und Banken im Insolvenzverfahren*, Colonia, 2006.
- C. BERNSTORFF, *Das Unternehmensrecht in Europa*, in *EWS* 1998, 397 ss.
- H. BESTELMEYER, *Die erwerbende GbR im Grundstücksrecht: Ein Machtwort des BGH contra legem?*, in *ZIP* 2011, 1389 ss.
- V. BEUTHIEN, *Setzt die Rechtsfähigkeit der GbR besondere Organisationselemente voraus?*, in *ZIP* 2011, 1589 ss.
- V. BEUTHIEN, A. ERNST, *Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Mitglied einer eingetragenen Genossenschaft*, in *ZHR* 1992, 227 ss.
- C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja Branca, Libro IV. Delle Obbligazioni*, Bologna-Roma, 1967, 73 ss.
- C.M. BIANCA, *Diritto Civile, Il contratto*, 3, Milano, 2000.
- M. BIANCA, *Il contratto di rete. Il regime patrimoniale delle reti*, in *Il contratto di rete. Nuovi strumenti contrattuali per la crescita d'impresa. Gli atti del convegno*, 10 ss., Milano, 2012.
- W. BIGIAMI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1948.
- A. BLANDINI, F. DI SABATO, *Diritto delle Società*, Milano, 2011.
- U. BLAUROCK, *Unterbeteiligung und Trennung an Gesellschaftsanteilen*, 1981.
- U. BLAUROCK, *Europäisches und deutsches Gesellschaftsrecht – Bilanz und Perspektiven eines Anpassungsprozesses*, in *ZEuP*, 1998, 460 ss.
- U. BLAUROCK, *Handbuch der stillen Gesellschaft*, Colonia, 2003.
- J. BLOMEYER, *Die Rechtsnatur der Gesamthand*, in *JR* 1971, 397.
- W. BÖHRINGER, *Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV)*, in *BWNotZ*, 1990, 129 ss.
- D. BONVICINI, *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, Milano, 1977.
- M. BORMANN, *Die Kapitalaufbringung nach dem Regierungsentwurf des MoMiG*, in *GmbHR*, 2007, 897 ss.
- F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, Padova, 1999.
- R. BOSSERT, *Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV), eine europäische Unternehmensrechtsform für grenzüberschreitende Kooperationen privater und öffentlicher Unternehmen*, in *Archiv PF*, 1990, 236 ss.
- C. BOTTA, *L'evoluzione del contratto autonomo di garanzia nei rapporti internazionali*, in *Studi in memoria di Nicola Di Prisco*, ed. provv., 1099 ss.
- H. BRANDES, *Die Rechtsprechung des BGH zur Personengesellschaft*, in *WM* 1989, 1357 ss.
- H. BRAUN, *Joint Ventures im amerikanischen und deutschen Internationalen Privatrecht*, Francoforte, 2000.
- A. BREGOLI, *I contratti d'impresa*, in *Giur. Comm.*, 1, 2008, 140 ss.

- W. BREHM, *Die Haftung des Vermögens einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts für private Schulden der Gesellschafter*, in *KTS* 1983, 21 ss.
- E. BRESSAN, *Le modalità di rimborso del socio receduto da società consortile*, in *Giur. Comm.*, 1999, II, 33 ss.
- G. BREUNINGER, *Die BGB-Gesellschaft als Rechtssubjekt im Wirtschaftsverkehr*, Colonia, 1991.
- E. BRIGANTI, *La nuova legge sui “contratti di rete” tra le imprese: osservazioni e spunti*, in *Notariato*, 2, 2010, 191 ss.
- K. BRODERSEN, *Die Beteiligung der BGB-Gesellschaft an den Personenhandelsgesellschaften*, Colonia, 1988.
- H. BUCHNER, *Zur rechtlichen Struktur der Personengesellschaften*, in *AcP* 169, 1969, 483 ss.
- V. BUONOCORE, *I contratti d'impresa*, in V. BUONOCORE e A. LUMINOSO, *Contratti d'impresa*, Milano, 1993, 83 ss.,
- V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1995, 9 ss.
- U. BURGERMEISTER, *Der Sicherheitenpool im Insolvenzrecht*, Colonia, 1996.
- K.W. BURIAN, *EWIV für den Mittelstand*, in *WR*, 1993, 165 ss.
- P. BURKHALTER, *Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) und ihre konzernrechtlichen Beziehungen*, Zürich, 1998.
- F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974, 53 ss.
- F.D. BUSNELLI, voce *Obbligazioni divisibili, indivisibili e solidali* in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991.
- G. CABRAS, *La nuova disciplina dei consorzi, Relazione*, in *Giur. Comm.*, 1978, I, 339 ss.
- F. CAFAGGI, *Le reti di imprese tra regolazione e norme sociali: nuove sfide per diritto ed economia*, Bologna, 2004.
- F. CAFAGGI, *il contratto di rete, Commentario*, Bologna, 2009.
- F. CAFAGGI, *Il contratto di rete e il diritto dei contratti*, in *I contratti*, 10, 2009, 919 ss.
- F. CAFAGGI, *Il contratto di rete nella prassi. Prime riflessioni*, in *I contratti*, 5, 2011, 504 ss.
- F. CAFAGGI, *Il nuovo contratto di rete: “learning by doing”?*, in *I contratti*, 12, 2010, 1143 ss.
- F. CAFAGGI, C. FERRARI, *Reti di imprese e contratti di rete. Ripensare la governance alla luce della prassi*, in *Il contratto di rete. Nuovi strumenti contrattuali per la crescita d'impresa. Gli atti del convegno*, 10 ss., Milano, 2012
- F. CAFAGGI, P. IAMICELI, G.D. MOSCO (a cura di), *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, Milano; 2012.
- C. CALIFANO, *Prime note sui profili tributari del contratto di rete*, in *Innovazione e Diritto*, 6, 2011, 29 ss.
- G.V. CALIFANO, *I consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi e le società consortili*, Milano 1999.
- F. CALISAI, *Riflessioni in tema di contratto di rete: una stringata disciplina normativa con interessanti potenzialità*, in *Riv. Dir. Impr.*, 3, 2010, 525 ss.
- C. CAMARDI, *Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, in *Obbl. e Contr.*, 10, 2009, 925 ss.
- G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di Diritto Commerciale*, Torino, 2009.

- C. W. CANARIS, *Die Übertragung des Regelungsmodells der §§ 125–130 HGB auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als unzulässige Rechtsfortbildung contra legem*, in *ZGR* 2004, 69 ss.
- A. CAPRARA, *Le “modificazioni soggettive” del contratto di rete: spunti di riflessione*, in *I Contratti*, 12, 2013, 1379 ss.
- G. CAPURSO, *I consorzi e le società consortili dopo le modifiche della legge 10 maggio 1976, n. 377*, in *Giur. comm.*, 1981, I, 339 ss.
- F. CARUSO, *Le società nella C.E.E.*, Napoli, 1969.
- F. CASALE, *Le società consortili tra diritto comune, diritto speciale e salutari ripensamenti della Cassazione*, in *La nuova giurisprudenza commentata*, 2005, II, 1, 363 ss.
- R. CASO, *Subfornitura industriale: analisi giuseconomica delle situazioni di disparità di potere contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 243 ss.
- R. CASO e R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori*, in *Riv. dir. priv.*, 712 ss.
- T. CERETTA, G. VECCHIATO, *Fare rete tra imprese. Manuale per costruire, governare e valutare le reti d'impresa*, Milano, 2012.
- G. CERIDONO, *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *commentario alla Legge 18 giugno 1998 n. 192*, a cura di N. Lipari, in *Le nuove leggi commentate*, I-II, 2000, 429 ss.
- G. CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 849 ss.
- F. CIRIANNI, *Il contratto di rete*, in *Notariato*, 4, 2010, 442 ss.
- F. CIRIANNI, V. CUFFARO, M. D'AURIA, G. MARASÀ, L. SALVINI, *I contratti di rete*, in *Corriere del Merito*, 1, 2010.
- D. CORAPI, *Dal consorzio al contratto di rete: spunti di riflessione*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 3, 2010, 795 ss.
- C. CREA, *Il contratto di rete: un itinerario teorico-applicativo di riflessione*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2010, 124 ss.
- C. CREA, *Network contracts: rating and evolution of model*, in *Il Foro Napoletano*, 2-3, 2013, 451 ss.
- V. CUFFARO (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 1998.
- V. CUFFARO, *Contratti di impresa e contratti tra imprese*, in *Corr. mer.*, 2010, 7 ss.
- V. CUFFARO, *Il contratto di rete oggi. Natura, causa e caratteristiche di un nuovo modello di aggregazione di interessi riservato agli imprenditori. La previsione del contratto di rete nei diversi testi normativi succedutisi dal 2009*, in *Diritto e pratica delle Società*, 2, 2011.
- V. CUFFARO, *I contratti di rete*, in *Riv. di Dir. Alimentare*, 2013, 25 ss.
- A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1954.
- A. DALMARTELLO, *Contratti d'impresa*, in *Enc. Giur. Treccani*, IX, Roma 1988, 1 ss.
- B. DAUNER-LIEB, *Ein neues Fundament für die BGB-Gesellschaft*, in *DSrR*, 2001, 356 ss.
- L. DE ANGELIS, *Società consortili in forma di cooperative*, in *Società*, 1991, 67 ss.

- L. DE ANGELIS, *Questioni, in tema di rapporti economici fra consorzio e consorziati*, in *Le Società*, 11, 1999, 1306 ss.
- O. DE CICCO, *Organizzazioni imprenditoriali non societarie e responsabilità*, Napoli, 2012.
- M. DECKERT, *Europäisches Unternehmensrecht*, in *EWS* 1996, 265 ss.
- L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 833 ss.
- F. DE MARCO, *In tema di consorzi, deliberazioni consortili e autonomia delle imprese*, in *Giur. Completa Cass. civ.*, 1953, VI, 257 ss.
- A. DE NICOLA e L. COLOMBO, *La subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 1998.
- G. DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 451 ss.
- F. DI CRISTINA, *Lo Statuto delle imprese: una tutela disorganica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2012, 355 ss.
- A. DI LIZIA, *(Contratto di) Rete di imprese. Rassegna e clausole contrattuali*, in *Notariato* 3, 2012, 277 ss.
- A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 9 ss.
- F. DI MARZIO, *Contratti d'impresa*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., agg., I, Torino, 2007, 313 ss.
- F. DI MARZIO, *I contratti d'impresa. Profili generali*, Torino, 2008,
- G. DI ROSA, *Il mandato*, in P. Sirena (a cura di), *I contratti di collaborazione*, Torino, 2011, .32 ss.
- F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2005.
- A. DI SAPIO, *Casi e problemi di interesse notarile - i contratti di rete tra imprese*, *Riv. Not.*, 2011, 216 ss.
- R. DOERING, *Grenzüberschreitende wirtschaftliche Zusammenarbeit in Europa (EWIV)*, Bonn, 1993.
- V. DONATIVI, *Le reti di imprese: natura giuridica e modelli di governance*, in *Le Società*, 12, 2011, 1429 ss.
- H. DÜCK, A. EUFINGER, M. SCHULTES, *Unternehmensnetzwerke im Lichte europäischer Marktmacht*, *EWS*, 10, 2013, 380 ss.
- T. EBENROTH, *Entwicklungstendenzen im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht*, in *JZ* 1991, 1061 ss.
- D. EICKMANN, *Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuchverfahren*, in *RPfleger* 1985, 85 ss.
- M. ENRIGHT, *Regional clusters: What we know and what we should know, Innovation Clusters and Interregional Competition*, 2003, 99 ss. C. Esposito, *I tre commi dell'articolo 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962, 34 ss.
- M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003.
- F. FABRICIUS, *Zur Haftung der BGB-Gesellschaft für unerlaubte Handlungen aus der Geschäftsführung von Gesellschaften in: Gedächtnisschrift Rudolf Schmidt*, 1966, 171 ss.
- C. FERRARI, *The Italian network contract: a new tool for the growth of enterprises within the framework of the "Small Business Act"?*, in *The Columbia journal of European law online*, 16, 77 ss.
- G.A. FERRETTI, *Le "associazioni temporanee di imprese"*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, I, 349 ss.
- G. FERRI, *Consorzio*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, 371 ss.

- G. FERRI, *Consorzi e società consortili: ancora una modificazione occulta del codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, I, 130 ss.
- G.B. FERRI, *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, in G.B. FERRI, *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Padova, 1994, 286 ss.
- L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959.
- P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971.
- F. FESTI, *La nuova legge sul contratto di rete*, in *NGCC*, 2011, 535 ss.
- T. FETT, C. SPIERING, *Handbuch Joint Venture*, Heidelberg, 2010.
- G. FEY, *Rechnungslegungs- und Prüfungspflichten Europäischer Wirtschaftlicher Interessenvereinigungen*, in *DB*, 1992, 233 ss.
- W. FIKENTSCHER, *Zu Begriff und Funktion des „gemeinsamen Zwecks“ im Gesellschafts- und Kartellrecht*, in *FS Harry Westermann* 1974, 87 ss.
- U. FISCHER, *Die Rechtsprechung des BGH zur stillen und zur bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft*, in *WM*, 1975, 1114 ss.
- H. FLEISCHER S. SCHNEIDER, *Zulässigkeit und Grenzen von Shoot-Out-Klauseln im Personengesellschafts- und GmbH-Recht*, in *DB* 2010, 2713 ss.
- W. FLUME, *Gesellschaft und Gesamthand*, in *ZHR* 1972, 177 ss.
- W. FLUME, *Die Gesamthand als Besitzer*, in *Freundesgabe Hans Hengeler*, 1972, 76 ss.
- W. FLUME, *Das „Halten und Verwalten“ eines Vermögens oder Vermögensgegenstandes als BGB-Gesellschaft in zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht*, in *DB* 1973, 2470 ss.
- W. FLUME, *Schuld und Haftung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, in *FS für Harry Westermann*, 1974, 119.
- W. FLUME, *Gesamthand und juristische Person in FS Ludwig Raiser*, 1974.
- W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Die Personengesellschaft*, 1977.
- W. FLUME, *Die persönliche Haftung der Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft für deliktisches Handeln der geschäftsführenden Gesellschafter*, in *DB* 2003, 1775 ss.
- FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO, *Il Contratto di rete. Nuovi strumenti contrattuali per la crescita di impresa, gli atti del convegno*, Milano, 2012.
- R. FRANCESCHELLI, *I consorzi industriali*, Padova, 1939, 273.
- R. FRANCESCHELLI, *Consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*, nel *Comm. del cod. civ* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA., Libro V, Del Lavoro, artt. 2602-2642, Bologna-Roma, 1970.
- R. FRANCO, *Il contratto di rete: tra attività e responsabilità (per inadempimento)*, in *Vita Notarile*, 2012, II parte, 1027 ss.
- M. FRATTINI, *Brevi note sull'eventuale ricorso al “consorzio con attività esterna” come possibile strumento pratico d'attuazione del “raggruppamento temporaneo di imprese” per l'assunzione di unico appalto*, in *Arbitr. e Appalti*, 4, 1970, 466 ss.
- G. FRÈ, Libro quinto, *Del lavoro (artt. 2325-2461)*, in *Commentario del Codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA.

- A. FRIGNANI, *Le nuove norme sui consorzi*, in *Giur. Comm.*, 1976, I, 540 ss.
- A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge n.192/98: problemi di diritto sostanziale*, in *Contratti*, 188 ss.
- C. FRITZ, *Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung*, Vienna, 1997.
- M. FROMHOLD-EISEBITH, G. EISEBITH, *How to institutionalize innovative clusters? Comparing explicit top-down and implicit bottom-up approaches*, in *www.sciencedirect.com* 2005.
- D. FUNKAT, *Die praktische Akzeptanz der EWTV als Gesellschaftsform*, in *EWS*, 1998, 122 ss.
- G. GABRIELLI, *Sui contratti necessariamente aperti*, in *Riv. dir. Civ.*, 1982, I, 577 ss.
- F. GALGANO, *L'imprenditore*, Bologna, 1970.
- F. GALGANO, *Il diritto privato tra codice e Costituzione*, Bologna, 1978.
- F. GALGANO, *I contratti d'impresa; i titoli di credito; il fallimento*, Bologna, 1980.
- F. GALGANO, *Commento agli artt. 41 e 43 Costituzione*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1982, 193 ss.
- F. GALGANO, *La società per azioni*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, III, Padova, 1984.
- F. GALGANO, *Le "fasi dell'impresa" nei consorzi fra imprenditori*, in *Contratto e impresa*, 1986, 1 ss.
- F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1988
- F. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contratto e Impresa*, 2, 2002, 509 ss.
- F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contratto e Impresa*, 2004, 1015 ss.
- J. GANSKE, *Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWTV) – eine neue „supranationale“ Unternehmensform als Kooperationsinstrument in der Europäischen Gemeinschaft*, in *DB*, 20, 1985 ss.
- J. GANSKE, *Das Recht der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWTV)*, Colonia, 1988.
- W. GANSWEID, *Gemeinsame Tochtergesellschaften im deutschen Konzern- und Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden, 1976.
- F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970.
- S. GEIBEL, *Folgeprobleme der Rechtsfähigkeit von Gesellschaften bürgerlichen Rechts*, in *WM*, 2007, 1496 ss.
- A. GENOVESE, *Contratto di rete e disciplina antitrust*, in *Contratto e impresa*, 3, 2012, 703 ss.
- A. GENTILI, *Il contratto di rete dopo la l. n. 122 del 2010*, in *I contratti*, 6, 2011, 617 ss.
- A. GENTILI, *Una prospettiva analitica su reti di imprese e contratti di rete*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2, 2010, 87 ss.
- H. V. GERKAN, *Die Gesellschafterhaftung in der Schein-Kommanditgesellschaft, insbesondere im Gesellschaftskonkurs*, in *ZGR*, 1992, 109 ss.
- M. GHIRON, *La concorrenza e i consorzi*, Torino, 1949.
- A. GIAMPIERI, voce *Organo della persona giuridica*, in *Dig.disc. priv.*, XIII, Torino, 1995, 189 ss.
- H. GIEFERS, M. RUHKAMP, *Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, Colonia, 2003.

- G. GIOIA, *La subfornitura nelle attività produttive (commento alla l. 18 giugno 1998 n. 192)*, in *Corriere giur.*, 1998, 880 ss.
- G. GITTI e G. VILLA, *Il terzo contratto*, Bologna 2008.
- K. GLEICHMANN, *Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung*, in *ZHR* 149, 1985, 633 ss.
- K. GLEICHMANN, *Überblick über neue Kooperationsformen und über Entwicklungen im Gesellschaftsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, in *AG* 1988, 159 ss.
- K. GLEICHMANN, *Zur Zulässigkeit der Wahl der Firma bei der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (Urteilsanmerkung zu AG München, BB 1990, 160)*, in *EuZW*, 1990, 136 ss.
- C. GLORIA, E.A. KARBOWSKI, *Die EWIV, Rechtsgrundlagen, Zweck und Unternehmensgegenstand sowie Gründung der EWIV mit Sitz in der Bundesrepublik*, in *WM* 1990, 1313 ss.
- S. GÖCKELER, *Die Stellung der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts im Erkenntnis- Vollstreckungs- und Konkursverfahren*, Berlin, 1992.
- S.R. GÖTHEL, *Joint Ventures im Internationalen Privatrecht*, Heidelberg, 1999.
- A. GOEDERT, *Un nouvel instrument juridique: le groupement européen d'intérêt économique (GEIE), Diagonales à travers le droit luxembourgeois*, 203 ss.
- M. GRANIERI, *Il contratto di rete: una soluzione in cerca di problema?*, in *I Contratti*, 10, 2009, 934 ss.
- G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999.
- F. GROTH, *Die analoge Anwendung von OHG-Recht auf BGB-Gesellschaften*, Francoforte, 1994.
- S. GRUNDMANN, *Die Dogmatik der Vertragsnetze*, *AcP*, 2007, 207, 718 ss.
- S. GRUNDMANN, F. CAFAGGI, G. VETTORI, *The Organizational Contract. From Exchange to Long-Term Network Cooperation in European Contract Law*, Ashgate, 2013.
- T. GRUNEWALD, *Gesellschaftsrecht*, Tübingen, 2005.
- F. GUERRERA, *Brevi considerazioni sulla governance nei contratti di rete*, in *Contratto e Impresa*, 2, 2012, 348 ss.
- G. GUGLIELMETTI, *La concorrenza e i consorzi*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, X, Torino, 1970.
- H. GUMMERT, *Zur Zulässigkeit einseitiger Haftungsbeschränkung auf das Vermögen der BGB-Außengesellschaft*, in *ZIP*, 1993, 1063 ss.
- B. GÜVEN, *Die Unterscheidung von Innen- und Außengesellschaft bürgerlichen Rechts*, Berlin, 2010.
- G. GUZZARDI, *Note preliminari allo studio del contratto di rete*, in *Contratto e Impresa*, 2, 2013, 501 ss.
- S. HABERMEIER, *Grundfragen des Gesellschaftsrechts*, in *JuS* 1998, 865 ss.
- M. HABERSACK, *Die Haftungsverfassung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Doppelverpflichtung und Akzessorietät*, in *JuS* 1993, 1 ss.
- M. HABERSACK, *Die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der GbR und der akzessorischen Gesellschafterhaftung durch den BGH*, in *BB* 2001, 477 ss.
- W. HADDING, *Actio pro socio*, 1966.

- W. HADDING, *Haftungsbeschränkung in der unternehmerisch tätigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts* in: FS Rittner, 1991, 133 ss.
- W. HADDING, *Zur Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts sowie zur Haftung ihrer Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten*, in ZGR 2001, 712 ss.
- W. HADDING, *Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und persönliches Verpflichtetsein ihrer Gesellschafter* in FS Th. Raiser, 2005, 129 ss.
- M. HARTARD, *Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung im deutschen, englischen und französischen Recht, Recht des internationalen Wirtschaftsverkehrs*, Berlino-New York, 1991.
- A. HASENKAMP, *Haftungsbeschränkungen bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, Baden-Baden, 2003.
- C. HATZIG, *Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung*, Frankfurt, 1990.
- C.E. HAUSCHKA, U. SAALFELD, *Entwicklungslinien und Integrationsfragen der gesellschaftsrechtlichen Akktypen des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, in AG 1990, 85 ss.
- J. HAUSCHKE, *Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gesellschafterin*, 2005.
- C. HAUSMANINGER (a cura di), *Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung*, Vienna, 1995.
- D. HECKELMANN, *Die GbRmbH als (neue) Gesellschaftsform* in FS Quack 1991, 243 ss.
- R. HELLER, *Der Zivilprozeß der Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, 1989.
- W. HENCKEL, *Zivil-, konkurs- und verfahrensrechtliche Probleme des Sicherheitenpool-Vertrages*, 1983.
- B. HENNECKE, *Das Sondervermögen der Gesamthand*, Berlin, 1976.
- R. HESS, *Miteigentum der Vorbehaltslieferanten, Zwangspool von Sicherungsgläubigern im Konkurs*, in ZIP, 1980, 318 ss.
- K.E. v. D. HEYDT, W.G v. RECHENBERG, *Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung unter besonderer Berücksichtigung gesellschafts-, steuer- und kartellrechtlicher Aspekte*, Stoccarda, 1991.
- K. M. HINGST, *Die societas leonina in der europäischen Privatrechtsgeschichte*, Berlino, 2003.
- L. HINTSCH, N. HORN, *Das Vertragsrecht der internationalen Konsortialkredite und Projektfinanzierungen*, Berlino, 1985.
- H. J. HOFFMANN, *Gesamthandsverpflichtungen bei der BGB-Gesellschaft ohne gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter*, in NJW 1969, 724 ss.
- M. HOFFMANN-BECKING, *Der Einfluß schuldrechtlicher Gesellschaftervereinbarungen auf die Rechtsbeziehungen in der Kapitalgesellschaft*, in ZGR, 1994, 442 ss.
- A. HOLMER, *Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Grundlage geschlossener Immobilienfonds*, 2006.
- P. HOMMELHOFF, *Das europäische Gesellschaftsrecht am Beginn des 21. Jahrhunderts*, in EuR, 1, 2002, 147 ss.
- J. Howald, *Unternehmensnetzwerke, Organisationsform der Zukunft*, Monaco, 2004.
- L. HUBER, *Das Joint-Venture im internationalen Privatrecht*, Zurigo, 1992. U. HUBER, *Rechtsfähigkeit, juristische Person und Gesamthand*, in FS Lutter, 2000, 107 ss.
- G. HUECK, C. WINDBICHLER, *Drei Fragen zur Gesamthandsgesellschaft* in FS Zöllner, 1998, 275 ss.

- U. HÜFFER, *Die Gesamthandsgesellschaft in Prozeß, Zwangsvollstreckung und Konkurs*, in *FS Stimpel* 1985, 165 ss.
- P. IAMICELI, *Le reti d'impresa: modelli contrattuali di coordinamento*, in *Reti d'impresa tra regolazione e norme sociali - Nuove sfide per diritto ed economia*, a cura di F. CAFAGGI, Bologna, 2004, 128 ss.
- P. IAMICELI, *Il contratto di rete tra percorsi di crescita e prospettive di finanziamento. I contratti*, 10, 2009, 946 ss.
- P. IAMICELI (a cura di), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, Torino, 2009.
- M. IEVA, *Fenomeni a rilevanza successoria*, Napoli, 2008.
- B. INZITARI, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, III, Padova, 1979, 309 ss.
- N. IRTI, *Per una lettura dell'art. 1324 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 561 ss.
- G. IUDICA, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive (commento alla l. 18 giugno 1998 n. 192)*, in *Contratti*, 1998, 409 ss.
- J. JACOBS, *Die institutionelle Haftungsbeschränkung bei atypischen Erscheinungsformen der Außen-GbR*, Berlino-Monaco-Colonia, 2007.
- I. JAGENBURG (a cura di), *Der ARGE-Vertrag: Kommentar*, Colonia, 2008.
- G. JAHN, *Die gemeinschaftlich handelnden Mitglieder einer deutschen Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV)*, Berlino, 1996.
- B. KATTERBE, *Die BGB-Gesellschaft im Steuerrecht*, Colonia, 1994.
- G. KEUTGEN, *Le groupement européen d'intérêt économique*, in *Cahiers de Droit Européen*, 4-5, 1987, 492 ss.
- S. KLAMROTH, *Beteiligung einer BGB-Gesellschaft an einer Personengesellschaft*, in *BB* 1983, 796 ss.
- F. KLEIN-BLENKERS, *Wirtschaftliche Bedeutung und rechtliche Fragen zur Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung*, in *DB*, 1994, 222 ss.
- U. KOCH, *Die Beteiligung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts an der GmbH-Gründung*, in *ZHR*, 1982, 118 ss.
- F. Koenigs, *Die stille Gesellschaft*, Berlin, 1961.
- D. KÖHL, *Einfluss der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung auf das Prinzip der Selbstorganschaft am Beispiel der Veränderung der Strukturen des deutschen Gesellschaftsrechts durch europäische Rechtsetzung*, Francoforte, 2001.
- J. KOHLER, *Gutgläubiger Immobiliärerwerb von nicht bestehender GbR?*, in *NZG*, 2012, 441 ss.
- H.G. KOPPENSTEINER, *Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht*, Francoforte, 1971.
- U. KORNBLUM, *Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften*, 1972.
- R. KÖSTLER, *Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung - die erste europäische Unternehmensform, Die Mitbestimmung*, 1989, 350 ss.
- A. KOWALSKI, *Zur Bereicherungshaftung in Gesellschaften bürgerlichen Rechts*, in *NJW* 1991, 3183 ss.
- M. KRAFT, *Die Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, Amburgo, 2012.
- F. LANG, K. MULANSKY, T. MULANSKY, *Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, Stoccarda, 2010.
- V. LANG, C. FRAENKEL, *Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, in *WM*, 2002, 260 ss.

- K. LANGEFELD-WIRTH, *Joint Ventures im internationalen Wirtschaftsverkehr*, Heidelberg, 1990.
- R. LECCESE, voce *Subfornitura*, in *Dig. it.*, XV, Torino, 1998, 241 ss.
- G. LENZ, *Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland vor Eintragung*, Berlino, 1997.
- M. LEO, *Sviluppo economico ed evoluzione di forme giuridiche: il caso della banca rurale*, in *Riv. soc.*, 1972, 595 ss.
- T. Lettl, *Kartellrecht, Grundrisse des Rechts*, München, 2013.
- T. Lettl, *Wettbewerbsrecht, Grundrisse des Rechts*, München, 2013.
- A.J. LENTNER, *Das Gesellschaftsrecht der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV)*, *Studien zum Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht*, Baden-Baden, 1994.
- K. LIONNET, *Liefer- und Leistungskonsortien - Rechtliche Zuordnung und Risiken*, in F. NICKLISCH (a cura di), *Bau- und Anlagenverträge - Risiken, Haftung, Streitbeilegung, Schriftenreihe Technologie und Recht*, Heidelberg, 1984.
- N. LIPARI (a cura di), *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1, 2000.
- N. LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2007, 728 ss.
- A. LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale. Profili preliminari*, Milano, 1971.
- F. LONGOBUCCO, *Abuso di dipendenza economica e reti di imprese*, in *Contratto e Impresa*, 2, 2012, 390 ss.
- B. LOTZ, *Der Konsortialvertrag des Anlagenbaus im In- und Ausland*, in *ZfBR*, 1996, 233 ss.
- W. LÜKE, *Prozessführung bei Streitigkeiten im Innenverhältnis der BGB-Gesellschaft*, in *ZGR*, 1994, 296 ss.
- A. LUMINOSO, *Il mandato*, Torino 2000.
- M. MACARIO, *Il "contratto" e la "rete": brevi note sul riduzionismo legislativo. Obbl. e contr.*, 2009, 953 ss.
- M. MALTONI, *Il contratto di rete. Prime considerazioni alla luce della novella di cui alla L. n. 122/2010*, in *Notariato*, 1, 2011, 64 ss.
- M. MALTONI, P. SPADA, *Il contratto di rete*, studio 1-2011 del Consiglio Nazionale del Notariato.
- M.E. MANN, *Zur kollektiven Durchsetzung von Ansprüchen geschädigter Kapitalanleger mittels BGB-Gesellschaften*, in *ZIP* 2011, 2393 ss.
- D. MANTUCCI, *Profili del contratto di subfornitura*, Napoli, 2004.
- G. MARASÀ, *Prime valutazioni sulla nuova normativa in materia di consorzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, 552 ss.
- A. MARIANI, *Note in tema di subfornitura nelle attività produttive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 115 ss.
- F. MARTORANO, *L'azienda*, Torino, 2010.
- M.R. MAUGERI, *Reti di impresa e contratti di rete*, in *I contratti*, 10, 2009, 957 ss.
- A. MAZIOTTI DI CELSO, *Abuso di dipendenza economica*, in *La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998, n.192* a cura di G.ALPA e A. CLARIZIA, Milano, 1999.
- M. MAZZEO, *Nasce il contratto di rete*, in *Obbl. e Contr.*, 6, 2009, 567 ss.
- L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1997, I, 1 ss.

- S. MEUCCI, *La nuova normativa sui contratti di rete e il rapporto con i patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Persona e Mercato, Materiali e commenti*, 2009, 42 ss.
- A. MEYER-LANDRUT, *Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) als neues Instrument für grenzüberschreitende Kooperation*, in *WPK-Mitt.* 1989, 56 ss.
- A. MEYER-LANDRUT, *Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) - Eine neue Gesellschaftsform europäischen Rechts*, in *RIW/AWD*, 1986.
- E. MICHELER, D. PRENTICE - *Joint Ventures in English and German law*, Oxford, 2000.
- G. MINERVINI, *Concorrenza e consorzi*, *Concorrenza e consorzi*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. GROSSO e F. SANTORO PASSARELLI, Milano, 1965, 93 ss.
- G. MINERVINI, *L'evoluzione del concetto d'impresa (spunti per una ricerca)*, in *Riv. Soc.*, 1976, 496 ss.
- E. MINERVINI, *Il terzo contratto*, in *I Contratti*, 5, 2009, 493 ss.
- M.R. Morelli, *Il regime della responsabilità patrimoniale dei consorzi ad attività esterna fra istanze di snellezza operativa ed esigenze di tutela dei terzi contraenti*, in *Foro It.*, 1980, 1, 1990 ss.
- P.O. MÜLBERT, *Die rechtsfähige Personengesellschaft*, in *AcP*, 199, 1999, 38 ss.
- P.O. MÜLBERT, G. GRAMSE, *Gesellschafterbeschlüsse bei der rechtsfähigen Personengesellschaft*, in *WM*, 2002, 2085 ss.
- C. MÜLLER-GUGENBERGER, *EWIV - Die neue europäische Gesellschaftsform*, in *NJW*, 1989, 1449 ss.
- C. MÜLLER-GUGENBERGER e P. SCHOTTHÖFER (a cura di), *Die EWIV in Europa, Texte und Erläuterungen aus Rechtsvergleichender Sicht*, Monaco, 1995.
- R. NATOLI, *Abuso di dipendenza economica*, in *Dig. comm.*, Torino, 2003, 1 ss.
- D. NEUMANN, *Der Konkurs der BGB-Gesellschaft*, Bielefeld, 1986.
- H.W. NEYE, *Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung - eine Zwischenbilanz*, in *DB*, 1997, 861 ss.
- F. NICKLISCH, *Rechtsfragen des Subunternehmervertrags bei Bau- und Anlagenprojekten im In- und Auslandsgeschäft*, in *NJW* 1985, 2361 ss.
- P.G. NICKNIG, *Die Haftung der Mitglieder einer BGB-Gesellschaft für die Gesellschafterschulden*, Berlino-Monaco-Colonia, 1972.
- G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, Milano, 1999, 121 ss.
- U. NOACK, *Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften*, Tübingen, 1994.
- M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975.
- M. NUZZO, *L'interesse meritevole di tutela tra liceità dell'atto di destinazione e opponibilità dell'effetto della separazione patrimoniale*, in *I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, 1, 2010.
- G. OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 591 ss.
- G. OPPO, *I contratti d'impresa tra Codice Civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 70 ss.
- V. OTTAVIANO, *La regolazione del mercato. I principi costituzionali*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, III, Padova, 1979, 452 ss.
- A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali - Parte speciale*, Padova, 1990, 496 ss.

- F. PADOVINI, *La nuova disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Studium iuris*, 1999, 5 ss.
- R. PARDOLESI, *Prefazione*, in G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004.
- G. PALMIERI, *Profili generali del Contratto di rete*, in *Reti d'impresa: profili giuridici, finanziamento rating*, a cura di AIP, Milano 2011.
- C. PAULUS, *Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Schuldner und Drittschuldner*, in *DGVZ*, 1992, 65 ss.
- P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in P. PERLINGIERI, *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989.
- P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2° ed., Napoli, 1991.
- P. PERLINGIERI, *art. 2602*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, (a cura di) P. PERLINGIERI, 1991, Napoli, 749 ss.
- P. PERLINGIERI, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2000.
- P. PERLINGIERI, *Autonomia privata e diritti di credito*, in A. BELVEDERE e C. GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, 97 ss.
- P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, in *Riv. Dir. Impr.*, 3, 2006, 323 ss.
- P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in Aa. Vv., *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, a cura di P. FEMIA, Napoli 2006, 1 ss.
- P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3° ed., Napoli, 2006.
- P. PERLINGIERI, *Manuale di Diritto Civile*, Napoli, 2014, 439 ss.
- A. PETELAUD, *La construction de la Communauté Européenne et le groupement européen d'intérêt économique (GEIE)*, in *Revue des Sociétés*, 1986, 191 ss.
- A. PISANI MASSAMORMILE, *Profili civilistici del contratto di rete*, in *Riv. Dir. Priv.*, 3, 2012, 353 ss.
- G.B. PORTALE, *Tra responsabilità della banca e "ricommercializzazione" del diritto commerciale*, in *Jus*, 1981, 141 ss.
- L. PRATI e A. CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, Milano, 1999.
- F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 639 ss.
- F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002.
- L. PUDDU, *Le lavorazioni per conto di terzi nel nuovo regime della subfornitura nelle attività produttive*, in *Impresa*, 1998, 1499 ss.
- S. PUGLIATTI, *Autonomia privata (voce)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959.
- T. RAISER, *Der Begriff der juristischen Person. Eine Neubestimmung*, in *AcP* 199, 1999, 104 ss.
- T. RAISER, *Gesamthand und juristische Person im Licht des neuen Umwandlungsrechts*, in *AcP* 194, 1994, 495 ss.
- W.G. V. RECHENBERG, *Die EWIV - Ihr Sein und Werden*, in *ZGR*, 1992, 299 ss.

- C. RECKNAGEL, *Die Teilnahme von BGB-Gesellschaften am Grundstücksverkehr*, Baden-Baden, 2012.
- D. REHFELD, *Perspektiven des Clusteransatzes: zur Neujustierung der Strukturpolitik zwischen Wachstum und Ausgleich*, Gelsenkirchen: Inst. Arbeit und Technik. IAT-Report, Nr. 2005-06.
- P. REIFF, *Wider die unternehmenstragende Gesellschaft bürgerlichen Rechts ohne Gesellschafterhaftung*, in ZIP, 1999, 517 ss.
- P. RESCIGNO, *Contratto in genere*, in *Enc. Gir. Treccani*, Roma, 1988.
- P. RESCIGNO, *I contratti d'impresa e la Costituzione*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato. Atti del convegno di studio (Siena, 22-24 settembre 2004)*, Milano, 2006.
- RETIMPRESA, Comitato Interregionale Dei Consigli Notarili Delle Tre Venezie, a cura di, *Linee Guida per i contratti di rete*, Marzo 2012.
- F. ROMANO, *Contratto di rete e processo di modernizzazione dell'economia italiana*, in *Notariato*, 1, 2012, 74 ss.
- F. ROMANO, *Il contratto di rete: Profili giuridici, Internazionalizzazione e Rating*, in *Innovazione e Diritto*, 1, 2013, 145 ss.
- F. ROMANO, *Le forme aggregative per le piccole e medie imprese. Un confronto con i modelli tedeschi*, in *Innovazione e Diritto*, 6, 2013, 290 ss.
- F. ROMANO, F.M. BALLETTA, R. BALLETTA, C. BOTTA, *New Financial contracts for Italian SME. Liability of Credit Rating Agency*, in *Conference Proceedings of International Conference on Advances in Management, Economics, and Social science - MES 2014*.
- G. ROMANO PAVONI, *Osservazioni sulle società costituite per scopi mutualistici e per scopi di consorzio*, in *Riv. di dir. ind.*, 1953, I, 109 ss.
- F. ROPOHL, J. SCHULZ, *Gestaltungsmöglichkeiten zur Strukturierung eines Joint Venture Unternehmens*, in *GmbHHR* 2008, 561 ss.
- V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977.
- V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 669.
- W. ROSENER, *§ 14 Abs. 2 des Vertragsmusters für ein Außenkonsortium mit Federführer*, *Münchener Vertragsbandbuch*, 1997.
- S. ROSENFELD, *Bringing business clusters into the mainstream of economic development*, in *European planning studies*, 5, 1997.
- P. ROSSI, *Prime considerazioni sulle disposizioni fiscali, amministrative e finanziarie riservate ai distretti produttivi*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2006, 4, 319 ss.
- D. RUBINO, *Le Associazioni non riconosciute*, Milano 1952.
- D. RUBINO, *Delle obbligazioni, sub art. 1292*, in *Comm. Scialoja-Branca, Libro quarto. Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 1963, 130 ss.
- C. RUEBESAMEN, *Die EWIV im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht*, Berlino, 1995.
- J.I. RUIZ PERIS, *Hacia un derecho para las redes empresariales*, Valencia, 2009.

- J.I. RUIZ PERIS, (a cura di), *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Valencia, 2012.
- E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica*, “terzo contratto”, in *Contr. e impr.*, 2009, 120 ss.
- E. SACCO, *Principio consensualistico ed effetti del mandato*, in *Foro Italiano* 1966, I, 1384 ss.
- R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino, 517 ss.
- R. SACCO, *Contratto, autonomia, mercato* in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il Contratto*, in *Trattato dir. civ.* diretto da R. SACCO, Torino, 2005, 16 ss.
- I. SAENGER, *BGB Kommentar*, Münster, 2012.
- U. SALVESTRONI, *Teorie negoziali, principi generali e principi costituzionali*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, 337 ss.
- L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, Milano, 2002.
- P. SANNA, *La responsabilità civile delle agenzie di rating nei confronti degli investitori*, Napoli, 2011.
- C. SANTAGATA, *Del mandato. Disposizioni generali (1703-1709)*, Comm. Scialoja Branca, 1985, 297 ss.
- R. SANTAGATA, *Il «contratto di rete» fra (comunione di) impresa e società (consortile)*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, n. 3, parte I, 323 ss.
- G. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, I, 151 ss.
- M. SARALE, *La posizione della Cassazione sulla disciplina delle società consortili: i limiti della rilevanza causale sulla forma societaria*, in *Giur. Comm.*, 2005, II, 396 ss.
- H. SATZKY, *Gemeinschaftsunternehmen und das Kartellverbot des § 1 GWB*, Kiel, 1990.
- D. SCARPA, *La responsabilità patrimoniale delle imprese contraenti per le obbligazioni assunte a favore di una rete tra loro costituita*, in *La Responsabilità Civile*, 6, 2010, 406 ss.
- C. SCHÄFER, *Offene Fragen der Haftung des BGB-Gesellschafters*, in *ZIP*, 2003, 1225 ss.
- H. SCHAUMBURG, *Internationale Joint Ventures*, Stoccarda, 1999.
- P. Schlesinger, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, 229 ss.,
- F. SCHMIDT, *Die rechtsfähige BGB-Gesellschaft und das Wohnungseigentum*, in *ZWE*, 2011, 297 ss.
- K. SCHMIDT, *Zur Vermögensordnung der Gesamthands-BGB-Gesellschaft*, in *JZ* 1985, 909 ss.
- K. SCHMIDT, *Zur „Außenhaftung der Innengesellschaft“*, in *JuS*, 1988, 444 ss.
- K. SCHMIDT, *Zum Haftungsstatus unternehmenstragender BGB-Gesellschaften*, in *FS Fleck*, 1988, 271 ss.
- K. SCHMIDT, *Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig*, in *NJW*, 2001, 993 ss.
- K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, Colonia, 2002, 1089 ss.
- K. SCHMIDT, *Die Gesellschafterhaftung bei der GbR als gesetzliches Schuldverhältnis*, in *NJW*, 2003, 1897 ss.
- K.S. SCHOLZ, *Beschlussmängelstreitigkeiten in Personengesellschaften - Verselbständigung auch im Innenverhältnis*, in *WM*, 2006, 897 ss
- N. SCHULTE, D. POHL, *JointVenture-Gesellschaften*, Colonia, 2015.
- J.H. SCHULZE, *Die akzessorische Haftungsverfassung der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts*, Berlino, 2006.

- M. SCIUTO, *Imputazione responsabilità nelle "Reti di imprese" non entificate (ovvero del patrimonio separato incapiente*, in *Riv. Dir. Comm.*, 3, 2012, 445 ss.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano, 1980.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Negoziio giuridico e autonomia privata*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi, Atti del congresso dei civilisti italiani tenuto a Venezia, 23-26 giugno 1989*, Padova, 1991, 289 ss.
- C. SCOGNAMIGLIO, *Il contratto di rete: il problema della causa*, in *I contratti*, 10, 2009, 961 ss.
- C. SCOGNAMIGLIO, F. MACARIO, *Reti di impresa e contratto di rete: spunti per un dibattito*, in *I contratti*, 10, 2009, 915 ss.
- U. SELBERT, *Zur Anwendung der §§ 831, 31 BGB auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, in *AcP*, 175, 1975, 77 ss.
- P. SELBHERR, G. MANZ (a cura di), *Kommentar zur Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV)*, Baden-Baden, 1995.
- D. SERRANI, *Brevi note in tema di libertà contrattuale e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1965, 290 ss.
- E. SESTINI, *Piccole medie imprese e mercati esteri. L'unione fa la forza*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 11, 2012, 43 ss.
- P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 415 ss.
- M.S. SPOLIDORO, *Le società consortili*, Milano, 1984.
- P. SPOSATO e M. COCCIA (a cura di), *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n.192 del 1998*, Torino, 1999.
- P. SPOSATO e L. GIORDANI, *Il contratto di subfornitura industriale*, in *Diritto e Pratica commerciale*, 1998, 1042 ss.
- T. STÄHLER, D. DOHSE, P. COOKE, *Evaluation der Fördermaßnahmen BioRegio und BioProfile*, Berlin, BMBF, 2007.
- R. STEDING, *Europäische Rechtsformen für Unternehmen: EWIV sowie SE und SCE*, in *Betrieb und Wirtschaft*, 2002, 197 ss.
- A. STENGEL, *Joint Ventures, § 21, Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften*, Monaco, 2009.
- B.F. STUFLER, *Obblighi e contributi nei consorzi e nelle società consortili: profili societari e fallimentari*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 6, 2004, 1283 ss.
- G. TANZARELLA, *Lo statuto delle imprese*, in *Urbanistica e appalti*, 2, 2012, 161 ss.
- T. TASSANI, *Profili fiscali del contratto di rete tra soggettività giuridica e separazione patrimoniale*, in *Rivista di diritto tributario*, pt. 1, 569 ss.
- T. TASSANI, *Adempimenti fiscali. Contratto di rete: le novità introdotte dai decreti crescita*, in *PMI*, 11, 2013, 33 ss.
- G.A. TEDESCHI, *Consorzi Riunioni temporanee Geie*, Milano, 2001.
- E. M. TRIPPUTI, *Il contratto di rete*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2011, 56 ss.
- I. UBERTI-BONA, *Associazioni in partecipazione*, in *Enc. dir.*, 1958, Milano, 851 ss.
- P. ULMER, *Vertretung und Haftung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, in *FS R. Fischer*, 1979, 785 ss.

- P. ULMER, *Gesellschafterhaftung in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Durchbruch der Akzessorietätstheorie?*, in ZIP, 1999, 554 ss.
- P. ULMER, *Die höchstrichterlich „enträtselte“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, in ZIP, 2001, 585 ss.
- P. Ulmer, C. Schaefer, *Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft*, München, 2003.
- P. ULMER, *Das Streichquartett - eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, in FS K. Schmidt, 2009, 1625 ss.
- P. ULMER, *Die rechtsfähige GbR: auf Umwegen im Grundbuch angekommen*, in ZIP, 2011, 1689 ss.;
- D. VALENTINO, *Il contratto “incompleto”*, in Riv. dir. priv., 2008, 509 ss.
- G. VALERI, *Autonomia e limiti del nuovo diritto commerciale*, in Riv. dir. Comm., 1943, I, 21 ss.
- G. VECCHIO, *In tema di contratti d'impresa*, in Giur. it., 1999, IV, 1563 ss.
- G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in Riv. Dir. Proc. Civ., 3, 2008, 751 ss.
- G. VETTORI, *Contratto di rete e sviluppo dell'impresa*, in Obbl. e contr., 2009, 5, 390 ss.
- G. VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'assicurato in un sistema pluralistico*, Milano, 1977.
- G. VOLPE PUTZOLU, *Responsabilità del consorzio e responsabilità dei consorziati*, in Giur. Comm., 1980, 1, 180 ss.
- G. VOLPE PUTZOLU, *Le società consortili*, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, Torino, 1998, 281 ss.
- K.R. WAGNER, *Neuere gesellschaftsrechtliche Entwicklungen in Rechtsprechung und Fachschrifttum zu notleidenden geschlossenen Immobilienfonds*, in WM 2010, 1684 ss.
- K.R. WAGNER, *Update 2010 gesellschaftsrechtlicher Entwicklungen in Rechtsprechung und Fachschrifttum zu notleidenden geschlossenen Fonds*, in NZG, 2011, 489 ss.
- A. WANDT, *Das Innenrecht der (teil-) rechtsfähigen BGB-Gesellschaft*, Berlin, 2009.
- R. WEIMAR, *Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung im Gründungsstadium*, in DZWir. 11, 1997, 441 ss.
- L. WELLKAMP, *Risikobegrenzung in der Unternehmer-BGB-Gesellschaft*, in NJW 1993, 2715 ss.
- J. WERTENBRUCH, *Die Parteifähigkeit der GbR – die Änderungen für die Gerichts- und Vollstreckungspraxis*, in NJW, 2002, 324 ss.
- H.P. WESTERMANN, *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften*, Berlino-Heidelberg, 1970.
- H.P. WESTERMANN, *Bereicherungshaftung der Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft*, in ZGR, 1977, 552 ss.
- H.P. WESTERMANN, *Die Sanierung geschlossener Immobilienfonds*, in NZG, 2010, 321 ss.
- H.P. WESTERMANN, *Die Verteidigung von Mitgliedschaftsrechten in der Personengesellschaft*, in NZG, 2012, 1121 ss.
- H. WIEDEMANN, *Juristische Person und Gesamthand als Sondervermögen*, in WM, suppl. Straord., 4, 1975
- H. WIEDEMANN, *Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften*, in WM, suppl. Straord., 8, 1990.
- H. WIEDEMANN, *Zur Selbständigkeit der BGB-Gesellschaft in FS Alfred Kellermann*, 1991, 529 ss.

- H. WIEDEMANN, *Rechtsverhältnisse der BGB-Gesellschaften zu Dritten*, in *WM*, suppl. straord., 4, 1994.
- G. WIESNER, *Die Haftungsordnung der BGB-Gesellschaft*, in *JuS*, 1981, 331 ss.
- H. WILDE, *Joint Ventures: Rechtliche Erwägungen für und wider die Einrichtung eines Gemeinschaftsunternehmens*, in *DB* 2007, 269 ss.
- H. WILDE, *Nachschusspflichten in KG und GbR*, in *NZG*, 2012, 215 ss.
- J. WILHELM, *Die Grundbuchfähigkeit der Gesamthandsgesellschaft bürgerlichen Rechts*, in *NZG* 2011, 801 ss.
- M. WINTER, *Haftung des Gesamthandsvermögens der Gesellschaft bürgerlichen Rechts für Gesellschaftsschulden?*, in *KTS*, 1983, 349 ss.
- T. WIPPLINGER, *Die rechtsfähige BGB-Gesellschaft als Organ der Personenhandels-gesellschaften*, Berlino, 2010.
- R.C. WOLF, *The Complete Guide to International Joint Ventures*, L'Aia - Londra - Boston, 2011.
- J. WOLFRAM, *US-amerikanischer Deadlock und Selbstblockade der GmbH-Organe*, Francoforte, 1999.
- T. ZACHER, *Grundlagen und Gestaltung internationaler Joint Ventures*, in *IStR* 1997, 408 ss.
- H.J. ZAHORKA, *Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV), die einzige transnationale Unternehmensform für Kooperationen in Europa*, Sindelfingen, 2000.
- A. ZANARDO, *Contratto di rete di imprese e accesso al credito: considerazioni in materia di rating e finanziamento*, in *I Contratti*, 12, 2013, 1405 ss.
- P. ZANELLI, *Reti di impresa: dall'economia al diritto, dall'istituzione al contratto*, in *Contratto e Impresa*, 4-5, 2010, 951 ss.
- P. ZANELLI, *Reti e contratto di rete*, Padova, 2012.
- P. ZANELLI, *Il contratto di rete. Un nuovo strumento di sviluppo per le imprese*, in *Vita Notarile*, 2, 2013, 583 ss.
- G. ZETTEL, *Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) - ihre Grundlagen und Struktur*, in *DRiZ*, 1990, 161 ss.
- W. ZÖLLNER, *Rechtssubjektivität von Personengesellschaften?*, in *FS Gernhuber*, 1993, 563 ss.
- W. ZÖLLNER, *Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft – ein Sachverstands- oder Kommunikationsproblem* in *FS Kraft*, 1998, 701 ss.
- A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, *Riv. dir. civ.*, 2002, 559 ss.
- C.O. ZSCHOCKE, *Die neue Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV), Schriftenreihe Ausländisches Wirtschafts- und Steuerrecht der Bundesstelle für Außenhandelsinformation*, in *AWSt*, A-3, 1988.