



**Università degli studi di Napoli “Federico II”**

*Tesi di dottorato in diritto delle imprese in crisi*

---

**Anna Barbato**

*Concorrenza e marchi nel fallimento  
e teoria dell’informazione.*

Anno Accademico 2012-2013

TUTOR: Prof.Ermanno Bocchini

## INDICE

### CAPITOLO I

L'occultamento dello stato di insolvenza come fattore di asimmetria informativa.

- 1.1 La crisi dell'impresa e l'informazione del mercato:  
programma d'indagine.
- 1.2 L'insolvenza come oggetto dell'obbligo  
dell'imprenditore di richiedere il proprio fallimento.
- 1.3 Obbligo o facoltà di richiedere il fallimento? Si propende  
per la prima soluzione.
- 1.4 Occultamento dello stato d'insolvenza e concorrenza  
sleale per violazione dei principi della correttezza  
professionale? Si propende per la soluzione affermativa.
- 1.5 La responsabilità degli amministratori per occultamento  
dello stato d'insolvenza nel diritto statunitense.
- 1.6 Uno sguardo all'Europa tra simmetria e asimmetria  
informativa della crisi finanziaria dell'impresa.

## CAPITOLO II

La disposizione dei marchi nel periodo antecedente alla dichiarazione di fallimento, come fattore di asimmetria informativa.

2.1 Principi generali della tutela del marchio nel fallimento.

2.2. Tutela nel fallimento del marchio come componente dell'attivo fallimentare.

2.3 La legittimazione del curatore a tutelare il marchio e la clientela dell'impresa fallita contro gli atti di contraffazione del marchio dell'impresa in crisi.

2.4 La simmetria informativa e revocabilità degli atti di trasferimento del marchio.

2.5 Gli effetti del fallimento sul contratto di licenza del marchio.

## CAPITOLO III

La concorrenza sleale per confusione a danno dell'impresa fallita come fattore di asimmetria informativa.

3.1 Programma d'indagine.

3.2 Lo Statuto informativo dell'offerta a tutela della concorrenza e del mercato.

3.3 Profili generali della concorrenza per confusione.

3.4 Il problema della legittimazione del curatore all'esercizio dell'azione della concorrenza sleale.

**BIBLIOGRAFIA**

**GIURISPRUDENZA**

**Sommario:** 1.1 *La crisi dell'impresa e l'informazione del mercato: programma d'indagine* 1.2 *L'insolvenza come oggetto dell'obbligo dell'imprenditore di richiedere il proprio fallimento.* 1.3 *Obbligo o facoltà di richiedere il fallimento? Si propende per la prima soluzione.* 1.4 *L'occultamento dello stato di insolvenza e la concorrenza sleale per violazione dei principi della correttezza professionale. Si propende per la soluzione affermativa.* 1.5 *La responsabilità degli amministratori per occultamento dello stato di insolvenza nel diritto statunitense.* 1.6 *Uno sguardo all'Europa tra simmetria e asimmetria informativa della crisi finanziaria dell'impresa.*

**1.1 La crisi dell'impresa e l'informazione del mercato:  
programma d'indagine.**

La crisi dell'impresa offre un campo paradigmatico di applicazione della moderna teoria del diritto commerciale analizzato dal punto di vista dell'informazione<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> E.BOCCHINI, *Il diritto commerciale nella società d'informazione*, Vol.1, 2011 CEDAM

Si premette la base teorica della nuova teoria. Se il diritto commerciale presuppone un'economia di mercato ed anzi è, sostanzialmente, il diritto del mercato.

Il mercato a sua volta è un sistema di informazioni distribuite e spontanee che, secondo le più recenti teorie economiche<sup>2</sup>, può fallire per una serie di ragioni, tra le quali spiccano le asimmetrie informative del processo decisionale<sup>3</sup>. Il diritto commerciale ha la funzione di ridurre se non eliminare le asimmetrie informative che provocano i fallimenti del mercato<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Sul punto si vedano le opere dei più insigni economisti, nonché premi Nobel per l'economia: K. J. ARROW, J. E. STIGLITZ, M. SPENCE, G. AKERLOF.

<sup>3</sup> G. OPPO, *I principi*, in *Tratt. BUONOCORE*, 2001, pp. 78 e ss.; A. GRAZIANI, G. MINERVINI, U. BELVISO, *Manuale di diritto commerciale*, 2007, Cedam, Padova, pp. 246 e ss.; A. MINERVINI, *Dall'informazione alla partecipazione*, 2002, Giuffrè, Milano; G. MINERVINI, *La Consob: lezioni di diritto del mercato finanziario*, 1989, Liguori, Napoli, pp. 47 e ss.

<sup>4</sup> Cfr. E. BOCCHINI, *In principio erano le informazioni*, in *Giur. comm.*, II, 2008, pp. 35 e ss.; ID., *Sostituzione giuridica nell'attività*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, pp. 341 e ss.; ID., *Introduzione al diritto commerciale nella new economy*, 2004, Cedam, Padova, pp. 24 e ss.

In questa prospettiva di ricerca l'economista vede nell'asimmetria informativa la causa dei fallimenti del mercato, mentre il giurista vede la tutela di un interesse debole<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> L'informazione gioca un ruolo fondamentale (L. PALADIN (a cura di), *Libertà di informazione*, Utet, Torino, 1979, pp. 3 e ss.; C. CHIOLA, *L'informazione nella costituzione*, Cedam, Padova, 1973, pp. 2 e ss.) in molti campi tra cui anche quello dell'economia e del diritto; essa assume diversi significati nei diversi campi di applicazione, in particolare per quanto riguarda il diritto all'informazione, all'informazione come bene giuridico, all'informazione societaria, all'informazione del consumatore (E. BALATE J. STUYCK (a cura di), *Pratiques du commerce & information et protection du consommateur. Actes des journées d'étude organisées les 19 et 20 novembre 1987 a Leuven.*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 125) e più in generale, sotto quest'ultimo aspetto alla tutela del soggetto più debole di un rapporto contrattuale o negoziale o di altro rapporto di qualsiasi natura. L'importanza del ruolo che l'informazione ricopre, non necessariamente deve considerarsi una recente conquista, il metodo poteva valere anche per il passato, tuttavia lo studio della teoria dell'informazione applicata ai diversi campi del sapere e della scienza ed ancor più in particolare in quella del diritto e dell'economia è una conquista recente che si collega e si coordina con il progresso tecnologico che ha reso possibile un effettivo, seppur solo potenziale, scambio di tutte le informazioni in "tempo reale" (E. BOCCHINI, *Introduzione al diritto commerciale* cit., pp. 27 e ss.), per mettendo così ai diversi operatori di avere accesso a tutti i dati necessari per svolgere la propria attività (P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2008 pp. 641 ss.; G. STIGLER, *L'economia dell'informazione*, in *Mercato, informazione regole*, 1994 p. 217 e ss.).

La dottrina stessa (P. GALLO, *Asimmetrie informative* cit., pp. 641 e ss.; M. F. CURSI, *Res incorporales e modello proprietario nella tutela dell'informazione globale*, in A. C. AMATO MANGIAMELI *Parola chiave: informazione*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 173; G. GRISI, *Gli obblighi di informazione*, in *Il contratto e le tutele: prospettive di*

---

*diritto europeo* S. MAZZAMUTO (a cura di), Giappichelli, Torino, 2002, p. 252; L. MARENGO C. PASQUALI, *L'economia dei diritti di proprietà nell'era di internet*, in A. C. AMATO MANGIAMELI *Parola chiave: informazione*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 147; M. PECORARO, *A proposito dell'informazione come bene*, in *Diritto e diritti* (consultabile dal sito [www.diritto.it](http://www.diritto.it)), 2001; A. ZOPPINI, *Le nuove proprietà nella trasmissione ereditaria della ricchezza*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, pp. 185 e ss.; P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, vol. III, *Analisi economica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 37; (però cfr. ZENO-ZENCOVICH, *Informazione (profili civilistici)*, in *Digesto disc. priv. sez. civ.*, 1993, p. 421); G. DE NOVA, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, p. 706; G. DE NOVA B. INZITARI G. TREMONTI G. VISENTINI (a cura di), *Dalle res alle new properties*, F. Angeli editore, Milano, 1991; G. GRISI, *Oneri ed obblighi ed informazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, II, p. 252; R. PARDOLESI C. MOTTI, *L'idea è mia: lusinghe e misfatti dell'economics of informations*, in *Dir. inf. e informatica*, 1990, pp. 345 e ss.; P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. Dir. civ.*, 1990, p. 326; S. SCHAFT, *La nozione di informazione e la sua rilevanza giuridica*, in *Dir. Inf. e informatica*, 1987, pp. 460 e ss.; L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione nei suoi aspetti pivatistici*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, p. 138; O. B. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 357 e ss.; E. W. KITCH, *The law and economics of rights in valuable information*, in *The journal of legal studies*, 1980, p. 683; H. DEMSETZ, *Information and efficiency: another viewpoint*, in *The Journal of law and economics*, 1969, p. 1; H. THEIL, *Economics of information theory*, Rand McNally, Chicago, Amsterdam, North Holland, 1967; C. A. REICH, *The new property*, in *Yale law review*, 1964, p. 733.) considera l'informazione come un bene, per cui quest'ultima viene considerata come un qualsiasi altro bene secondo la teoria economica (P. GALLO, *Asimmetrie informative* cit. p. 647; R. PARDOLESI C. MOTTI, *L'idea è mia* cit.; E. W. KITCH, *The law and economics of rights* cit., p. 683; H. DEMSETZ, *Information and efficiency* cit., p. 1; H. THEIL, *Economics and information theory* cit., p. . L'informazione dunque ricopre una funzione essenziale sia se viene considerata come diffusione di notizie (il "dare informazione") sia come ricevere ed interpretare dati forniti da



---

terze parti (“ricevere informazione”). In quest’ultimo caso non si tratta solo di analizzare le garanzie per i soggetti che ricevono tali informazioni, ma anche gli obblighi per tali soggetti di informarsi per poter svolgere al meglio le loro mansioni e i compiti loro affidati. L’importanza dell’informazione è tale che parte della dottrina (P. PERLINGIERI, *Informazione, libertà di stampa e dignità della persona*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 624 e ss.) la ritiene essenziale per la realizzazione dei diritti fondamentali dell’individuo nonché per il raggiungimento dell’effettiva eguaglianza tra i cittadini in attuazione dei principi contenuti negli artt. 2 e 3 Cost. Da questo se ne deduce di conseguenza che il segreto, la non divulgazione di informazioni, per disposizione di legge, accordo tra privati o anche statuto societario, dovrebbe costituire un’eccezione, una rara deroga ad un principio di libertà di informazione (Cfr. AA. VV., *Il segreto nella realtà giuridica italiana: Atti del Convegno Nazionale. Roma, 26-28 ottobre 1981*, Cedam, Padova, 1982, pp. 25 e ss.). La restrizione del diritto (dovere) di informazione intanto è possibile in quanto coincida con la tutela di altri diritti, mentre la stessa riservatezza viene limitata ed a volte messa da parte proprio per far spazio ad una maggiore informazione che è funzionale ad una maggiore tutela dei diritti dei singoli e della collettività in molti settori quali ad esempio quello bancario (In Giurisprudenza: Cass. 22 ottobre 2001 n. 12871, in *Giust. civ. Mass.* 2002, p. 351; Cass. 10 gennaio 2001 n. 267, in *Giust. civ. mass.* 2001, p. 58, in *Rass. trib.* 2001, p. 496 (nota S. DONATELLI), in *Arch. civ.*, 2001, p. 439 (nota R. BONAVITACOLA), in *Dir. e prat. soc.*, 2001, p. 93 (nota STESURI); Corte cost. 6 luglio 2000 n. 260, in *Giur. cost.* 2000, p. 2049; Cass. 29 gennaio 1997 n. 918, in *Giust. civ. Mass.* 1997, p. 154; Cass. 9 aprile 1996 n. 3264, in *Giust. civ. mass.* 1996, p. 521; Cass. 26 marzo 1996 n. 2668, in *Giust. civ. mass.*, 1996, p. 428, in *Corr. trib.* 1996, p. 2333; Cass. 14 settembre 1992 n. 10476, in *Dir. e prat. trib.*, 1993, II, p. 961 (nota F. RUFFINO); Trib. Milano, 29 aprile 1991, in *Banca borsa e tit. cred.*, II, p. 471. In dottrina: G. MOLLE, *La banca nell’ordinamento giuridico italiano*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 213 e ss.; R. VIGO, *Segreto bancario*, in *Novissim. dig. it., Appendice*, VII, Utet, Torino, 1987, p. 33 e ss.; G. RUTA, *Il segreto bancario*, in *Il segreto nella realtà giuridica italiana cit.*, p. 368 e ss.; M. DOGLIOTTI, *L’integrità morale, onore e la riservatezza*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da

La crisi dell'impresa pone in massima evidenza le asimmetrie informative del mercato. Perìò saranno indagate da un lato le condotte illecite degli imprenditori in crisi e dall'altro le condotte illecite delle imprese concorrenti a danno delle imprese in crisi prima e dopo il fallimento. Prima della dichiarazione di fallimento le situazioni economicamente e giuridicamente rilevanti possono essere le seguenti.

Molto spesso, lo stato di insolvenza tende ad essere nascosto dalle imprese al mercato creando profonde asimmetrie informative tra le imprese che operano sul mercato<sup>6</sup>.

---

P. RESCIGNO, I, 2, Utet, Torino, 1982 p. 154 e ss.; M. PORZIO, *Il fondamento normativo del segreto bancario*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1982, I, p. 1019 e ss.; A. DI AMATO, *Il segreto bancario*, Esi, Napoli, 1979, pp. 163 e ss.).

Biblico essenziale:

Sull'analisi economica del diritto cfr.: R. COOTER, U. MATTEI, P. G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*. Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 10 e ss.; F. DENOZZA A. TOFFOLETTO, *Contro l'utilizzazione dell'approccio economico nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2006, pp. 563 e ss.; E. ROSSI, *L'analisi*

---

*economica del diritto: pubblica amministrazione, società, lavoro, trasporti*, Cacucci, Bari, 2005; M. VENTORUZZO, *Experiments in Comparative Corporate Law: the recent Italian Reform and the Dubious Virtues of a Market for Rules in the Absence of Effective Regulatory Competition*, in *Nuovo diritto societario e analisi economica del diritto : seminario di studio - Università Bocconi 21 maggio 2004-11 giugno 2004*, atti raccolti da M. VENTORUZZO, Egea, Milano, 2005, pp. 206 e ss.; R. PARDOLESI, B. TASSONE, *I giudici e l'analisi economica del diritto privato due anni dopo*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2005, pp. 579 e ss.; D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 25 e ss.; L. A. FRANZONI, *Introduzione all'economia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 141 e ss.; F. DENOZZA, *Norme efficienti - L'analisi economica delle regole giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 1 e ss.; R. PARDOLESI, *I giudici e l'analisi economica del diritto privato*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 8 e ss.; A. GAMBARO, *L'analisi economica del diritto nel contesto della tradizione giuridica occidentale*, in G. ALPA (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 461-462; U. MATTEI, F. PULITINI (a cura di), *Consumatore, ambiente, concorrenza. Analisi economica del diritto*, in *Il diritto privato oggi* (Collana diretta da P. CENDON), Giuffrè, Milano, 1994, pp. 1 e ss.; P. CHIASSONI, *Analisi economica del diritto e teorie economiche: un inventario di strumenti*, in G. ALPA (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, cit., pp. 489 e ss.; M. A. POLINSKY, *Un'introduzione all'analisi economica del diritto con una postfazione / Roberto Pardolesi*, Zanichelli, Bologna, 1986, p. 4. L'analisi economica del diritto (EAL – *Economic analysis of law*) non nasce in Italia né in Europa dove i sistemi di cd “civil law” fanno propendere per una forte codificazione delle norme giuridiche, ma si sviluppa soprattutto negli Stati Uniti e attecchisce in modo particolare nei paesi con una tradizione di cd “common law” (R. COOTER, U. MATTEI, P. G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole*, cit. p. 10; R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *dig. disc. priv.*, 1987, p. 310 ss.). L'analisi economica del diritto si sviluppa intorno solo intorno agli anni '50 oltreoceano, sebbene gli studiosi della materia facevano risalire l'origine della nuova scienza ad illustri studiosi di economia del calibro di A. Smith e J. Bentham (R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto* cit., p. 309; R. CROSS, *Blackstone v. Bentham*, in *Law Quarterly review*, 1976, p. 516; R. A. POSNER, *The economic approach to law*, in *Texas law review*, 1975, p. 757;

Ma a questa forma di asimmetria informativa si accompagna spesso una seconda tipologia di asimmetria informativa, che deriva dal fatto che quando l'impresa è in crisi perde competitività sul mercato con la conseguenza che da un lato le altre imprese possono approfittare sottraendo, furtivamente, la clientela all'impresa fallita, e dall'altro, l'impresa in crisi prima del fallimento può cadere nella tentazione di tenere condotte illecite acquisendo clientela altrui, per recuperare così in modo illecito competitività sul mercato <sup>7</sup>.

Pertanto con riferimento al periodo anteriore al fallimento, oggetto di studio saranno:

- a) l'occultamento dello stato di insolvenza.
- b) il depauperamento dell'avviamento con la svendita del marchio;

---

- c) la concorrenza sleale per confusione dell'impresa in crisi a danno delle altre imprese del mercato<sup>8</sup>;
- d) la concorrenza sleale delle altre imprese ai danni delle imprese in crisi.

Dopo la dichiarazione di fallimento i problemi che la tesi affronta sono :

- a) la tutela dell'avviamento da parte della curatela fallimentare:
- b) la revocatoria degli atti di svendita dei marchi prima del fallimento.

Il primo capitolo avrà, così, ad oggetto l'occultamento dello stato d'insolvenza.

Il secondo capitolo, avrà ad oggetto la svendita dei marchi prima del fallimento<sup>9</sup>;il terzo capitolo avrà ad oggetto la

---

<sup>8</sup> E.BOCCHINI, *Il diritto commerciale nella società d'informazione*, op.cit. p.13 e ss.

<sup>9</sup> Cfr., in luogo di altri, FORMIGGINI, *Il fallimento e i diritti sui beni immateriali*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, 1109 ss.; GUGLIELMETTI, *Il fallimento come pretesa causa di estinzione del diritto al marchio*, in *Riv. dir. ind.*, 1962, II, 278; GHIDINI, *I diritti di proprietà industriale nel*

condotta dell'imprenditore a danno delle imprese concorrenti  
prima del fallimento.

---

*fallimento, ivi, 1974, I, 48 ss.; RIVOLTA, Ditta e marchi nel fallimento, in Problemi attuali del diritto industriale, Milano, Giuffrè, 1977, 930 ss.; LIMARDO, Marchi, brevetti ed invenzioni non brevettate nel fallimento dell'impresa, in Dir. fall., 1978, I, 536 ss.; nonché, più di recente, NOSOTTI, Cessione del marchio e azione revocatoria, in Dir. ind., 1994, 552 ss.; VATTERMOLI, Il contratto di licenza del marchio nel fallimento, in Riv. dir. comm., 1998, I, 115 ss.; SPOLIDORO, Fallimento e diritti di proprietà intellettuale, in Riv. dir. ind., 2002, 604 ss.*

## **1.2 L'insolvenza come oggetto dell'obbligo dell'imprenditore di richiedere il proprio fallimento.**

Venendo all'esame del primo problema, si chiede se il ricorso di fallimento sia un obbligo o una facoltà per l'imprenditore insolvente, intendendo dire se l'imprenditore possa nascondere al mercato il proprio stato di insolvenza e in caso negativo quale sia la disciplina giuridica.

La dottrina dominante ritiene, che il ricorso di fallimento costituisca una facoltà e non un obbligo per l'imprenditore insolvente<sup>10</sup>.

L'esame del problema presuppone l'individuazione della nozione di insolvenza. Secondo l'art.5 l.fall è insolvente l'imprenditore che non può più soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Cass, 27 febbraio 2008, n 5215; Cass., 28 gennaio 2008, n.1760

<sup>11</sup> In questo senso Satta, *Diritto fallimentare, Padova, 1996, pag. 52*, in particolare nota 10, il quale afferma che "l'insolvenza infatti è un fenomeno generale che abbraccia tutto il patrimonio del debitore e può pertanto essere rivelata da qualunque fatto esteriore"; Ferrara, *Il fallimento, Milano, 1995, p. 142*, secondo il quale "(...) non può parlarsi di insolvenza quando il

Pertanto è insolvente non soltanto chi non può pagare tutti i suoi creditori, ma anche chi può pagarne solo alcuni, o può pagare solo parzialmente i suoi debiti<sup>121</sup>, ovvero può pagare

---

complesso dei beni di cui dispone l'imprenditore consente il pagamento dei debiti, cioè in caso di supero dell'attivo. Ma il punto va precisato perché è oggetto di divergenze in dottrina e pure la giurisprudenza è orientata in senso contrario. L'attivo va valutato in base ai valori che possono ottenersi da un immediato realizzo e quindi tenendo conto delle condizioni di mercato del momento, non già in base a quelli attribuiti dall'imprenditore stesso e neppure in base a quelli che potrebbero presumibilmente attendersi da una vendita effettuata con calma senza rispettare i termini di scadenza.”;

<sup>12</sup> H. DEMSETZ, *Information and efficiency cit.*, p. 1; H. THEIL, *Economics and information theory cit.*, p. . L'informazione dunque ricopre una funzione essenziale sia se viene considerata come diffusione di notizie (il “dare informazione”) sia come ricevere ed interpretare dati forniti da terze parti (“ricevere informazione”). In quest'ultimo caso non si tratta solo di analizzare le garanzie per i soggetti che ricevono tali informazioni, ma anche gli obblighi per tali soggetti di informarsi per poter svolgere al meglio le loro mansioni e i compiti loro affidati. L'importanza dell'informazione è tale che parte della dottrina (P. PERLINGIERI, *Informazione, libertà di stampa e dignità della persona*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 624 e ss.) la ritiene essenziale per la realizzazione dei diritti fondamentali dell'individuo nonché per il raggiungimento dell'effettiva eguaglianza tra i cittadini in attuazione dei principi contenuti negli artt. 2 e 3 Cost. Da questo se ne deduce di conseguenza che il segreto, la non divulgazione di informazioni, per disposizione di legge, accordo tra privati o anche statuto societario, dovrebbe costituire un'eccezione, una rara deroga ad un principio di libertà di informazione (Cfr. AA. VV., *Il segreto nella realtà giuridica italiana: Atti del Convegno Nazionale. Roma, 26-28 ottobre 1981, Cedam, Padova, 1982, pp. 25 e ss.*). La restrizione del diritto (dovere) di informazione intanto è possibile in quanto coincida con la tutela di altri diritti, mentre la stessa riservatezza viene limitata ed a volte messa da parte proprio per far spazio ad una maggiore informazione che è



tutti, ma in un tempo successivo rispetto alla scadenza, ovvero può pagare i debiti, ma facendo ricorso ad una svendita dei propri beni, il che significa, che pur se non rende inadempiente il soggetto (momentaneamente) ne aggrava la situazione economica<sup>13</sup>.

---

funzionale ad una maggiore tutela dei diritti dei singoli e della collettività in molti settori quali ad esempio quello bancario (*In Giurisprudenza: Cass. 22 ottobre 2001 n. 12871, in Giust. civ. Mass. 2002, p. 351; Cass. 10 gennaio 2001 n. 267, in Giust. civ. mass. 2001, p. 58, in Rass. trib. 2001, p. 496 (nota S. DONATELLI), in Arch. civ., 2001, p. 439 (nota R. BONAVITACOLA), in Dir. e prat. soc., 2001, p. 93 (nota STESURI); Corte cost. 6 luglio 2000 n. 260, in Giur. cost. 2000, p. 2049; Cass. 29 gennaio 1997 n. 918, in Giust. civ. Mass. 1997, p. 154; Cass. 9 aprile 1996 n. 3264, in Giust. civ. mass. 1996, p. 521; Cass. 26 marzo 1996 n. 2668, in Giust. civ. mass., 1996, p. 428, in Corr. trib. 1996, p. 2333; Cass. 14 settembre 1992 n. 10476, in Dir. e prat. trib., 1993, II, p. 961 (nota F. RUFFINO); Trib. Milano, 29 aprile 1991, in Banca borsa e tit. cred., II, p. 471. In dottrina: G. MOLLE, *La banca nell'ordinamento giuridico italiano*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 213 e ss.; R. VIGO, *Segreto bancario*, in *Novissim. dig. it., Appendice, VII, Utet, Torino, 1987, p. 33 e ss.*; G. RUTA, *Il segreto bancario*, in *Il segreto nella realtà giuridica italiana cit.*, p. 368 e ss.; M. DOGLIOTTI, *L'integrità morale, onore e la riservatezza*, in *Tratt. dir. priv. diretto da P. RESCIGNO, I, 2, Utet, Torino, 1982 p. 154 e ss.*; M. PORZIO, *Il fondamento normativo del segreto bancario*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1982, I, p. 1019 e ss.; A. DI AMATO, *Il segreto bancario*, Esi, Napoli, 1979, pp. 163 e ss.).*

<sup>13</sup> BOCCHINI, *Il diritto commerciale nella società d'informazione*, Vol.1, 2011 CEDAM

L'art.5 della legge fallimentare, pur essendo rimasto testualmente invariato, si iscrive in un sistema profondamente mutuato a seguito della riforma organica che ha investito le procedure concorsuali<sup>14</sup>.

Particolarmente significative, dunque, non sono state tanto le modificazioni apportate al c.d. presupposto soggettivo, né tanto meno, la previsione, ad opera dell'ultimo comma dell'art.15 l.fall. di una inedita condizione di fallibilità; quanto piuttosto le radicali innovazioni che hanno coinvolto le c.d. procedure concorsuali minori e, segnatamente, il rispettivo presupposto oggettivo: vale a dire, da un lato, l'abrogazione della procedura di amministrazione controllata,

---

<sup>14</sup> G.CAVALLI, *I presupposti del fallimento*, in S.AMBROSINI-G.CAVALLI-A JORIO, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottimo, Vol.XI, T.2 Padova, 2009, da p.17, p.139 e ss., testo e nota 385. Diversamente orientato risulta, invece, M. SANDULLI, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. JORIO e coordinato da M.Fabiani, I, art.1-103, Bologna, 2006, sub art.5, da p.84, p.97 s., il quale a fine di risolvere la potenziale interferenza ravvisata tra gli art.5 e, rispettivamente, 15, ultimo comma, l.fall., propone una interpretazione restrittiva della seconda disposizione, in base alla quale il mancato raggiungimento della soglia da essa indicata non potrebbe ritenersi di per sé sufficiente ad impedire la dichiarazione di fallimento, risultando a tal fine inoltre necessaria l'assenza degli "altri elementi costitutivi della fattispecie", e cioè di almeno un'altra manifestazione dell'insolvenza".

e del conseguente venir meno della stessa rilevanza giuridica della nozione di temporanea difficoltà di adempiere; e dall'altro, la sostituzione, nel ruolo di presupposto oggettivo del concordato preventivo, dello "stato di insolvenza", con quello di "crisi": un'espressione, quella di "stato di crisi", con la quale "si intende anche" quello di insolvenza (art.160, commi 1 e 3, l.fall.).

Nel sistema originario, infatti, si trattava di stabilire se l'insolvenza e la temporanea difficoltà di adempiere rappresentassero fenomeni tra loro del tutto diversi o invece di due forme, caratterizzate da un differente grado di intensità, del medesimo fenomeno, quello cioè dell'insolvenza<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> G.FERRI , *Insolvenza e temporanea difficoltà*, Rivista di Diritto Commerciale, 1964, I, da p.445ss e 452 s., e Fr. VASSALLI, *Diritto fallimentare*, I, *Presupposti, sentenza dichiarativa, organi, effetti per il debitore e per i creditori*, Torino, 1994,p.85, ma già in ID., *La nozione di insolvenza (alla luce dei recenti interventi legislativi sulle imprese in crisi)* in AA.VV., *Problemi attuali dell'impresa in crisi*. Studi in onore di G. FERRI, Padova, 1983, da p.215, p236 ss., come pure A.AMATUCCI, *Temporanea difficoltà e insolvenza*, Napoli, 1979, p.37 s., 64 ss., 119 s. E 130 ss; nel secondo, v. invece S.SATTA, *Diritto Fallimentare*, III ED.

Attualmente invece la questione si presenta in termini del tutto diversi, dal momento che è la stessa legge, come detto, a definire l'insolvenza come una specie quella verosimilmente più grave, dell'allora più ampio stato di crisi<sup>16</sup>.

Da un lato, dunque, bisogna ricercare i confini per così dire "esterni" della nozione di crisi, al fine di stabilire in quali ipotesi all'imprenditore è consentito l'accesso al concordato preventivo ed in quali no; e dall'altro, ed al contempo, bisogna individuare all'interno dello stato di crisi, il tratto che vale a distinguere l'insolvenza, in quanto specifico presupposto oggettivo del fallimento, dalle altre crisi che, pur consentendo il ricorso al concordato preventivo, non legittimano invece la dichiarazione di fallimento.

---

<sup>16</sup> L.STANGHELLINI, Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza, Bologna, 2007, p.137

Il presente lavoro è interessato al secondo punto, in quanto, il primo rientra in un discorso incentrato sul concordato preventivo.

Il 1° comma dell'art.5 l. Fall., disponendo che “l'imprenditore che si trova in stato di insolvenza è dichiarato fallito”, vale essenzialmente ad individuare il c.d. presupposto oggettivo del fallimento, a precisare cioè che solo chi versa in

questo stato *può* essere dichiarato fallito, e non anche, si noti, che tutti coloro che vi si trovano *debbono* essere dichiarati tali<sup>17</sup>.

La funzione della disposizione è quella di chiarire i dubbi derivanti dall'art.683 del codice di commercio che disponeva che “il commerciante che cessa di fare i suoi pagamenti per obbligazioni commerciali è in stato di fallimento”, confermando che le conseguenze, a partire da quelle

---

<sup>17</sup> S.SCIARELLI, *La crisi d'impresa*, Padova, 1995TANGHELLINI, p.127;

personali, del fallimento si producono nei confronti dell'insolvente soltanto a seguito dell'apertura della procedura e non solo perché in stato di fallimento<sup>18</sup>.

Ben più significativa risulta invece la rilevanza sistematica ed applicativa del secondo comma dell'articolo in esame, ai sensi del quale “lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, che dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni<sup>19</sup>”.

Il 2° comma dell'art.5 l. fallimentare, ricopre un ruolo del tutto centrale in ordine non solo alla materia fallimentare, ma più in generale, alla teoria generale dell'impresa; tuttavia si può notare, che la legge oltre a non fornire una definizione diretta dello stato di insolvenza, dispone che esso “si

---

<sup>18</sup>VASSALLI, *Diritto fallimentare*, Torino, 1994, I; cfr. anche SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, pag. 52; FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1995, pag. 142; FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1988, pag. 56;

<sup>19</sup> L.STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, p.137

manifesta<sup>20</sup>” attraverso “inadempimenti e o altri fatti esteriori”, che dimostrano, e dunque, manifestano, una determinata situazione: siffatta formulazione, per quanto contorta, se non anche tautologica, consente comunque di identificare lo stato di insolvenza con la situazione “dimostrata” dai fatti con i quali si manifesta, quella cioè consistente nel non essere “più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”<sup>21</sup>.

Abbiamo detto che presupposto di questo lavoro è una nuova definizione del diritto commerciale, non più inteso come diritto dell’impresa della società post-industriale ma, tout court, come diritto dell’informazione.

In questa prospettiva si deve considerare la trasparenza in stretta connessione con l’asimmetria informativa; se tale tesi fosse accettata, il nostro legislatore dovrebbe integrare il

---

<sup>20</sup>Cass. 28-04-2006 n.9856, Cass.. 1 dicembre 2005 n.26217;

<sup>21</sup> V. DE SENSI “*Il concetto di insolvenza*”, in LUISS, archivio CERADI, febbraio 2002.

suddetto articolo 5. della legge fallimentare con un obbligo informativo verso terzi del proprio stato di malessere e quindi di insolvenza, per garantire il gioco della libera e leale concorrenza sui mercati<sup>22</sup>. Ciò ben si allineerebbe con la funzione economica dello Stato che è quella di ridurre se non eliminare le asimmetrie informative del singolo agente al momento della decisione e , più in generale, le incertezze del mercato, che provocano il fallimento del mercato stesso<sup>23</sup>.

Con la simmetrie informativa infatti, nella prospettiva giuridica, sarebbero tutelati gli interessi deboli createsi con il *deficit* informativo, nel caso specifico se l'imprenditore insolvente fosse obbligato a "dichiarare" e quindi non solo a "manifestare" il proprio malessere, le altre imprese che interagiscono con essa non rischierebbero di fallire.

---

<sup>22</sup> BOCCHINI, *Il diritto commerciale nella società d'informazione*, Vol.1, 2011 CEDAM

<sup>23</sup> L.STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, p.137



### **1.3 Obbligo o facoltà di richiedere il fallimento? Si propende per la prima soluzione.**

Individuato l'oggetto della asimmetria informativa nello stato dell'insolvenza veniamo all'esame del problema.

La dottrina tradizionale, come visto sostiene che il ricorso di fallimento è una facoltà dell'imprenditore insolvente<sup>24</sup>. Ma la dottrina tradizionale ha poco riflettuto sul valore sistematico delle nuove norme penali fallimentari<sup>25</sup>.

Il nuovo quadro normativo, riguardante i reati penali societari, previsto dal D. L.vo 61/02, prevede diverse condotte illecite che rientrano nell'occultamento dello stato d'insolvenza.

---

<sup>24</sup> VASSALLI, *Diritto fallimentare*, Torino, 1994, I; cfr. anche SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, pag. 52; FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1995, pag. 142; FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1988, pag. 56;

<sup>25</sup> F.FERRARA JR-A.BORGIOLI, op.cit. p.139; M.SANDULLI op.cit., p.87; in senso contrario invece R.PROVINCIALI op.cit. p.261, secondo il quale, sulla scorta della Relazione alla legge fallimentare, l'insolvenza indicherebbe tanto un "comportamento" quanto uno "stato economico" del debitore.

Infatti non è soltanto il falso in bilancio lo strumento idoneo ad occultare le perdite, a nascondere l'erosione del capitale, a dissimulare il dissesto: a questi esiti, il nuovo quadro aggiunge nuove fattispecie di occultamento della perdita di gestione.

Infatti, rilevano penalmente comunicazioni diverse dal bilancio di esercizio, come il falso in prospetto<sup>26</sup>, la falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione<sup>27</sup>, l'impedito controllo, l'illecito amministrativo ex art. 2625 e seguenti.

Tutte queste possibili azioni sono compiute dall'imprenditore per lo scopo ultimo di occultare l'insolvenza, nella speranza,

---

<sup>26</sup> L'art. **2623** (falso in prospetto), che analogamente alla figura tipica, si bipartisce in fattispecie tendenzialmente dannosa (comma 1), con qualifica contravvenzionale e produttrice di effettivo danno (comma 2), con connotazione delittuosa;

<sup>27</sup> L'art. **2624** (falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione) che, innovando sull'art. 179 D. L.vo 58/98, sembra consentire l'estensione anche alla revisione volontaria e non meramente obbligatoria; anche questa figura si biparte in figura di pericolo (protesa al danno) tratteggiata come contravvenzione (comma 1) ed ipotesi delittuosa ove il danno si verifichi (comma 2).

spesso, ultima, di non far emergere la crisi aziendale.

Tuttavia , l'insolvenza acquista rilevanza solo quando si manifesta all'esterno, cioè si esteriorizza<sup>28</sup>.

Soltanto, allora infatti, può considerarsi realizzato il presupposto oggettivo richiesto dalla legge, che perciò, non è l'insolvenza in quanto tale, ma la manifestazione dello stato di insolvenza<sup>29</sup>.

Possono darsi due possibilità, fra loro (normalmente) alternative attenendo a due finalità (illecite) opposte:

---

<sup>28</sup> MUSCO, I nuovi reati societari, cit., pag. 63, accenna ad una “iper reazione” agli indirizzi giurisprudenziali che avevano, asseritamente, reso labili i tratti dell'elemento soggettivo in seno all'art. 2621 n. 1 cod. civ.; una dettagliata e diffusa analisi dell'elemento soggettivo, tra vecchia e nuova lettera normativa, è espressa da FOFFANI, La nuova disciplina, cit., pag. 272 e ss.

<sup>29</sup> PULITANO' False comunicazioni, cit., pag. 167 e SEMINARA, False comunicazioni, cit., pag. 680, ritengono che la ricerca di una ulteriore selettività della fattispecie sul piano soggettivo avrà minore rilievo, attesa la già assicurata delimitazione oggettiva della figura, la quale garantisce una episodica e saltuaria applicazione della stessa evidente.

- il falso della società "*in bonis*" il quale tende a comprimere gli utili e ad esaltare eventuali voci passive o di perdita, così da fornire una versione "pessimistica" del patrimonio societario;

- il falso della società in crisi, il quale tende ad esaltare i profitti ed a comprimere le perdite, così da prospettare una dimensione tranquillante o meno inquietante dell'organismo<sup>30</sup>.

La falsificazione che tenda contemporaneamente alle due direzioni mette in crisi l'ipotesi di reato, poiché palesa una modalità oggettivamente inidonea al raggiungimento della

---

<sup>30</sup> V.MENNEA , *Finanza e diritto*, 11 agosto 2009;Secondo la giurisprudenza:"ai fini dell'accertamento dello stato di insolvenza, è irrilevante uno stato patrimoniale caratterizzato dalla eccedenza delle poste attive su quelle passive, quando l'incapacità di adempimento regolare e, quindi, a scadenza e con mezzi normali, delle obbligazioni assunte si esprima, comunque, sul piano della carenza di liquidità"*Cass. Civ. sez. I – sentenza 9/5/1992 n. 5525*;

"lo stato di insolvenza di un imprenditore commerciale, che si identifica in una situazione di illiquidità tale da impedire di far fronte alle proprie obbligazioni con mezzi normali di pagamento, può prescindere dalla circostanza che l'attivo patrimoniale sia superiore all'ammontare del passivo e dalle ragioni che in concreto possono aver determinato la situazione di dissesto." *Tribunale di Roma-sentenza 28 dicembre 1987*.

manovra recettiva (e, dunque, il requisito della idoneità) e, per il versante soggettivo, perché scredita la finalità specifica del dolo (rende più plausibile l'ipotesi dell'errore)<sup>31</sup>.

Venendo alla normativa in tema di iniziativa per la dichiarazione di fallimento

l'art.6 della legge fallimentare recita che il fallimento è dichiarato su iniziativa del debitore, di uno o più creditori o su richiesta del pubblico ministero. A sua volta l'art.217

l.fall. recita: "E' punito con la reclusione da sei mesi a due anni se è dichiarato fallito l'imprenditore che ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere il proprio fallimento, o con altra grave colpa"<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> M.LIBRTINI, *Il diritto della concorrenza nel pensiero di Tullio Ascerelli*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, II, Milano, 2005, p.1153 e ss.

<sup>32</sup> TEDESCHI, *Comm.SB*, 228-229; PAJARDI, PALUCHOWSKI, 11;

La dottrina afferma - come detto- la natura facoltativa della domanda di fallimento da parte del debitore<sup>33</sup>.

Controversa è l'identificazione della natura giuridica della posizione soggettiva del debitore che richiede il proprio fallimento.

Secondo parte della dottrina<sup>34</sup>, si tratterebbe di esercizio di azione<sup>35</sup>, altra parte della dottrina hanno parlato di una facoltà, mentre taluno<sup>36</sup> ha ritenuto trattarsi di esercizio di un

---

<sup>33</sup> Sul punto, sia consentito rinviare ad AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, XI, 1, diretto da Cottino, Padova, CEDAM, 2008, 104, ove il rilievo che, “conformemente all’auspicio da tempo formulato da una parte della dottrina, la riforma del 2006 ha inserito nell’art.169 il richiamo all’art.45, sicchè sono prive di effetto nei confronti dei creditori le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi se compiute dopo la presentazione della domanda di concordato; laddove in precedenza dottrina e giurisprudenza, proprio per via del mancato riferimento alla suddetta disposizione in tema di fallimento, erano lo più inclini ad affermare il contrario”.

<sup>34</sup> Sul punto si veda PROVINCIALI, I, 466 ss.; CLEMENTE-GISONDI; Comm.NIGRO SANDULLI, I, 25 ss. Che argomentano dall’abolizione della procedura d’ufficio ad opera della riforma.

<sup>35</sup> Nello stesso senso, si veda anche PAJARDI, *La sentenzadi fall.* 127 ss., che configura un proprio diritto di fallire.

<sup>36</sup> TEDESCHI, *Comm.SB*, 233-234, *Fall. (apertura)*, *Enc. Treccani*, 1, Manuale, 45; FABIANI, *Comm. JORIO*, 114s, secondo cui questa tesi troverebbe conferma, dopo la riforma, nella modifica del “*nomen* dell’atto del

potere processuale privo di un diritto sostanziale sottostante<sup>37</sup>, in quanto l’iniziativa del debitore ( dietro cui può celarsi una dualità soggettiva nelle società con soci illimitatamente responsabili e risalenti problemi di *legitimatio ad processum*) viene mutuando apparentemente il nomen dell’atto in cui si concretizza: non più “richiesta”, come oggi è soltanto quella del p.m., ma ricorso, come si conviene da sempre anche per il creditore<sup>38</sup>.

---

debitore, mutato da richiesta a ricorso, e nell’introduzione dell’istituto dell’esdebitazione,

<sup>37</sup> P.PAJARDI- A. PALUCHOWSKI *Manuale di diritto fallimentare*, p.119, nota 20 , dall’assunto condivisibile che la domanda è “condizione indispensabile per la pronuncia” lasciano scaturire la non condivisibile conseguenza per cui “benchè non sussista più la possibilità di procedere per ufficio da parte del tribunale, non si può escludere che, prima del deposito della desistenza, gli atti siano state acquisite le prove, soddisfacenti da un punto di vista di completezza e congruità, dell’esistenza dello stato di insolvenza in capo al debitore; in questo caso è evidente che il giudice fallimentare può procedere a segnalare al Pubblico Ministero l’insolvenza che è emersa nell’ambito di quello che, comunque, è un procedimento civile”.

<sup>38</sup> A differenziare le due figure rimane la circostanza che il ricorso del creditore è costituito dalla qualità di parte in capo al creditore e al debitore, mentre il ricorso per il debitore per la dichiarazione di fallimento proprio non determina l’acquisto della qualità di parte in capo ai creditori dichiarati tali, i quali divengono parti soltanto e in quanto istanti per il fallimento (art.15, comma 2, l.f.). In questo modo il debitore assume una posizione di assoluta

Altri hanno parlato di domanda senza contenuto sostanziale nè processuale, ma di una mera espressione formale di volontà che si esaurisce con la presentazione della domanda medesima.

Consegue che se vi è omessa dichiarazione ma non aggravamento non c'è reato ma grave colpa sì; in quanto il legislatore espressamente prevede al comma 4 dell'art.217 la "grave colpa", intendendo la norma come una clausola generale che può comprendere fattispecie che prescindono dal rovinoso proseguimento della gestione<sup>39</sup>.

Qualunque sia la natura che si intenda riconoscere alla posizione soggettiva del debitore, in relazione all'istanza di

---

simmetria con l'altra parte, in quanto entrambi ricadono nell'applicazione incondizionata dell'art.125 c.

<sup>39</sup> Sulle norme a più fattispecie o leggi miste alternative, v. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Giuffrè, 1971, p. 265 ss.; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, 1966, p. 178 ss.; SINISCALCO, *Concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, 1961, p. 192 ss.; SANTORO, *Norme penali congiunte e pluralità di reati e di circostanze*, in *Scuola pos.*, II, 1938, p. 341 ss.; VASSALLI, *Le norme penali a più fattispecie e l'interpretazione della "Legge Merlin"*, in *Studi in onore di Antolisei*, III, Giuffrè, 1965, p. 347 ss.).



fallimento, la dottrina non ha considerato fino ad ora un argomento sistematico di indubbio valore.

Pertanto se alla “grave colpa”<sup>40</sup> dell’omissione di richiedere il proprio fallimento si accompagna il dissesto, la condotta, integra gli estremi del reato.

---

<sup>40</sup> In ossequio al principio di offensività, il fallimento è stato definito una condizione obiettiva di punibilità di tipo intrinseco: soltanto con la dichiarazione di fallimento l'offesa ai creditori, prima potenziale, diviene effettiva e rilevante, con la conseguenza che la condotta non può assumere rilevanza penale, una volta che sia intervenuto il fallimento, qualora questa non sia offensiva degli interessi tutelati (a) secondo NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 15 ss., le condizioni intrinseche "qualificano l'interesse leso dal fatto costitutivo del reato", incidendo "sul contenuto di valore che l'elemento condizione aggiunge all'oggettività del reato". In senso analogo, v. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., p. 110 ss., il quale, collocando i reati di bancarotta nella categoria dei delitti di pericolo concreto, ritiene idonee ad integrare le fattispecie de quibus quelle condotte che abbiano posto effettivamente in pericolo l'interesse dei creditori alla garanzia patrimoniale ed i cui effetti persistano al momento della dichiarazione di fallimento. Contra, PERINI, in PERINI-DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, cit., p. 53 ss., secondo cui le condizioni obiettive di punibilità di tipo intrinseco sono incompatibili con il dato costituzionale ed in particolare col principio di personalità della responsabilità penale poiché postulano "l'esistenza di fattispecie nelle quali il rimprovero penale sia agganciato - per quanto in misura secondaria - a circostanze non solo imprevedibili, ma addirittura neppure riconducibili materialmente all'operato dell'agente") Vi sono, infine, tre correnti dottrinali che hanno cercato di chiarire il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei reati di bancarotta pre-fallimentare: secondo la prima, sebbene non si possa ravvisare un nesso causale fra le condotte tipiche ed il fallimento, tuttavia può configurarsi un nesso psichico, nel senso che previsione, volontà e prevedibilità possono riferirsi anche all'apertura di una procedura fallimentare<sup>40</sup>; in forza della terza impostazione, infine, si è data alla sentenza dichiarativa di fallimento una valenza esclusivamente

---

processuale, definendola una questione pregiudiziale relativa allo *status* di fallito .

Tirando le fila del discorso, emerge con tutta evidenza come il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale ed il delitto di bancarotta impropria *ex art. 223, comma 2, n. 2 l. fall.*, concernendo "ambiti diversi" (così nella sentenza in analisi), non siano tra loro in rapporto di specialità. Tali reati, come si è visto, si differenziano sia per la condotta che per il nesso di causalità (tra l'azione ed il fallimento), richiesto solo nella bancarotta impropria e non anche nei reati di cui all'*art. 216, comma 1, l. fall.*

Secondo un'autorevole e accreditata dottrina la responsabilità oggettiva comprende non solo le ipotesi espressamente previste ed ammesse come tali da determinati sistemi penali vigenti (il nostro codice penale è tra questi), ma anche quei coefficienti di siffatta responsabilità che si annidano tra le stesse maglie della colpevolezza e nelle sue specifiche manifestazioni del dolo e della colpa, quando non siano stati concepiti ed applicati in termini di autentica responsabilità soggettiva. Mentre la responsabilità oggettiva "espressa" può essere eliminata dai sistemi penali tramite interventi correttivi del legislatore (e in questa direzione sono orientate le tendenze evolutive del diritto penale), la responsabilità oggettiva "occulta" può essere espunta solo postulando un'attenta predisposizione da parte della giurisprudenza per una autentica responsabilità colpevole.

In questo senso vengono in considerazione quelle tendenze giurisprudenziali a non accertare le specifiche componenti del dolo e della colpa o a presumere la colpevolezza in certe condotte, soprattutto omissive. Parte della dottrina, presume nel comportamento omissivo dell'imprenditore che non dichiara il proprio stato di insolvenza o commette altra grave colpa idonea a condurre al fallimento, il dolo o la colpa è configurato come illecito<sup>40</sup> e quindi soggetto a sanzione. Secondo la giurisprudenza la fattispecie di cui all'articolo 217 cpv. L.F. è punibile indifferentemente a titolo di dolo o di colpa, ma in pratica è sufficiente la colpa per integrare il reato, sicché risulta irrilevante ogni indagine sulla sussistenza dei presupposti del dolo; ne deriva che un fatto doloso (ad es. per dolo eventuale) viene punito a titolo di colpa, dando luogo a quella che viene chiamata "responsabilità anomala". Il punto critico in ordine al problema della responsabilità oggettiva

Ma se- ecco il punto- non vi è aggravamento del dissesto ,  
l'omessa "richiesta del proprio fallimento costituisce pur  
sempre grave colpa per l'art.217 l.fall..

Il tenore letterale della norma è chiaro perchè la norma  
espressamente dice "altra grave colpa".

In conclusione a noi pare che sia grave colpa non richiedere  
il proprio fallimento, anche se non costituisce reato tale  
condotta omissiva nell'ipotesi nella quale non è aggravato il  
dissesto.

Il punto è che una norma imperativa di ordine pubblico e di  
natura penale prevede come colpa grave non richiedere il  
proprio fallimento quando sussiste lo stato di insolvenza<sup>41</sup>.

---

"occulta" con specifico riguardo alla bancarotta semplice documentale  
è dato però dalla colpa.

<sup>41</sup> Nel quadro complessivo del principio di colpevolezza, si colloca il  
problema della responsabilità oggettiva, dell'imprenditore che non ha  
dichiarato il proprio stato di insolvenza. Per comune accezione, la  
responsabilità è oggettiva quando un soggetto viene chiamato a  
rispondere di un fatto proprio, da lui materialmente causato, ma sulla  
sola base del rapporto causale, a prescindere dalla colpevolezza. Più

**1.4 Occultamento dello stato d'insolvenza e la concorrenza sleale per violazione dei principi della correttezza professionale? Si propende per la soluzione affermativa.**

A questo punto ci chiediamo se la violazione dell'obbligo di richiedere il proprio fallimento, costituisca o meno atto di concorrenza sleale ex art.2598 n.3 che prevede come

---

volte è stato sottolineato che sotto le apparenze di una responsabilità colposa possa annidarsi nella sostanza la logica del *versari in re illicita* e tale asserto trova più di una conferma nell'esame della fattispecie in oggetto. Per fondare un autentico rimprovero per colpa non basta la mancanza di volontà del fatto e l'inosservanza della regola cautelare, occorre soprattutto l'attribuibilità di tale inosservanza all'agente, dovendo egli avere la capacità di adeguarsi a tali regole e potendosi pertanto, pretenderne, esigerne da lui l'osservanza. Accolta tale impostazione, "ciascuno dei fatti di bancarotta esprime già per intero la tipicità offensiva dell'illecito penale, ma la punibilità rimane condizionata al verificarsi del fallimento per mere ragioni di opportunità".

Ciò in quanto l'art. 216, comma 1, l. fall. così come anche il successivo art. 217, comma 1, l. fall.) si prefigge di punire non tanto il fallimento, quanto piuttosto quelle condotte dolose o colpose che rappresentano la violazione delle regole gestionali di buona amministrazione poste a protezione delle ragioni creditorie<sup>41</sup>. Conseguentemente, rappresentando il fallimento un avvenimento che condiziona *extrinsecus* l'applicazione della sanzione penale, si deve concludere nel senso che astrattamente la norma non richieda l'esistenza di un nesso eziologico tra i fatti puniti ed il dissesto economico, pur potendo questo di fatto sussistere: il giudice, dunque, intervenuta la sentenza dichiarativa di fallimento, dovrà unicamente accertare la sussistenza di una o più delle condotte indicate all'art. 216, comma 1, l. fall., senza individuare un nesso tra queste ed il successivo fallimento.

concorrenza sleale la violazione dei principi della correttezza professionale<sup>42</sup>.

In altre parole creare un'asimmetria informativa in ordine alla propria insolvenza può qualificarsi come concorrenza sleale<sup>43</sup>, posto che, il mercato concorrenziale è un sistema di informazioni decentrate e spontanee che fallisce proprio per asimmetria informativa?

La risposta al quesito non è agevole. La ricostruzione di un'obbligo di informazione in ordine alla propria insolvenza fondato sull'art.217 legge fallimentare, consente di inquadrare questo problema nel tema più generale della concorrenza sleale per difformità dei principi di correttezza professionale nel caso di violazione di norme pubblicistiche.

---

<sup>42</sup> RAVA' ,*Diritto industriale*, I, Torino , 1973 Così MINERVINI, *Concorrenza e consorzi*, Milano, 1965, p.29

<sup>43</sup> AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 207

Occorre, allora, prendere posizione in ordine al problema più generale della concorrenza sleale per violazione di norme pubblicistiche che è stato affrontato dalla dottrina ed esaminato dalla giurisprudenza in più decisioni.

Secondo un orientamento la disciplina della concorrenza sleale tutela l'uguaglianza delle condizioni di gara e reprime i comportamenti che attribuiscono vantaggi concorrenziali ingiustificati<sup>44</sup>: e reciprocamente la violazione di norme pubblicistiche costituisce sempre concorrenza sleale per violazione dei principi della concorrenza parassitaria ex art.2598.n.3.

La previsione di cui al n. 3 dell'art. 2598 c.c. costituisce una clausola generale che abbraccia tutte le possibili ipotesi dell'uso diretto o indiretto di ogni altro mezzo non conforme

---

<sup>44</sup> AULETTA, *G.Civ.* 58 I.1562 ss.; AULETTA-MANGINI, *Invenzioni industriali- Modelli di utilità e disegni ornamentali – concorrenza*, *Comm.Scialoja- Branca*, 241 s.; MAGRI, *R.dir.comm.* 60.II, 12 ss.; e sostanzialmente RAVA, *Diritto industriale*, 355 e 424, almeno con rif. A norme che tutelano interessi di ordine generale: C 60/646;

ai principi della correttezza professionale idoneo a danneggiare l'altrui azienda e che è del tutto autonoma rispetto alle fattispecie tipiche di cui ai numeri precedenti tanto che il suo accertamento prescinde da quello che attiene alla repressione delle dette fattispecie nominate.

La clausola generale di cui al n. 3 dell'art. 2598 c.c. consente all'interprete, mediante il richiamo ad un "parametro storico capace di adeguarsi nel tempo al mutamento del costume sociale e dello stesso illecito" di "adeguare la tutela" alle situazioni concrete non altrimenti coperte dalle ipotesi espressamente sanzionate dall'art. 2598 c.c. sì da coprire tutto l'ambito della concorrenza sleale. Si è altresì ritenuto<sup>45</sup>: che la slealtà della violazione di norme pubblicistiche derivi direttamente dall'art.2595, reinterpretato alla luce dei principi costituzionali.

---

<sup>45</sup> SANTAGATA, *Concorrenza sleale ed interessi protetti*, 204 ss e 313 ss.; Vedi anche MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, 210 e ss.

Secondo, un'autorevole dottrina<sup>46</sup> l'individuazione delle condotte scorrette deve aver riguardo al vantaggio ed ai danni ingiustificati che la violazione di norme pubblicistiche può determinare; secondo altri la violazione di norme pubblicistiche non ha sempre il medesimo rilievo<sup>47</sup>, dovendosi valutare caso per caso se la violazione dell'una o dell'altra norma sia contraria ai principi di correttezza professionale.

Secondo taluno l'individuazione delle condotte scorrette deve aver riguardo al vantaggio dei danni ingiustificati che la violazione di norme pubblicistiche può determinare; secondo altri occorre aver riguardo a criteri di ordine economico e considerare altresì gli interessi protetti dalla norma violata e

---

<sup>46</sup> Gian.e Giov. GUGLIELMETTI, *Concorrenza, Dig.comm.*, 334;

<sup>47</sup> G.MINERVINI, *Concorrenza e consorzi*, Tr.grosso –Santoro Passarelli, 38 ss; JAEGER, R. DIR.INDUS.70 i, 121 SS..



la loro coincidenza con quelli alla base della normativa concorrenziale<sup>48</sup>.

Si hanno così norme che disciplinano la concorrenza sul mercato, cioè hanno lo scopo di regolare il comportamento delle imprese sul mercato e norme che non incidono sul mercato ma solo sull'attività concorrenziale; ciò comporta la necessaria rilevanza delle prime e l'eventuale rilievo delle seconde ex art.2598 n.3 quando la norma sia stata in concreto violata per conseguire un vantaggio concorrenziale.

Analizzando le norme secondo i principi di correttezza professionale abbiamo norme che impongono costi e norme che impongono oneri.

In tale ricostruzione lo scopo della norma violata viene quindi ad assumere non il rilievo di elemento che determina la scorrettezza del comportamento ma quello di criterio utile

---

<sup>48</sup> AUTIERI, *La concorrenza sleale*, TR.Rescigno, 18, 415SANTAGATA,

per verificare la sua idoneità a generare un danno concorrenziale a chi non ha violato la norma considerata.

Venendo alla giurisprudenza anche qui si riscontrano orientamenti divergenti; secondo alcuni la violazione di norme di diritto pubblico costituisce automaticamente concorrenza sleale ex art.2598 n.3.

Secondo l'opinione prelevante la mera violazione di norme pubblicistiche non costituisce di per sè concorrenza sleale<sup>49</sup>.

La qualificazione in termini di illiceità viene frequentemente subordinata all'esistenza di un nesso eziologico tra il comportamento antiggiuridico e del pregiudizio lamentato.

Si è quindi ritenuto che la violazione di norme pubblicistiche costituisce concorrenza sleale quando si verifica nell'atto stesso di concorrenza o rappresenta un mezzo al fine , suscettibile di rendere l'atto causa diretta ed immediata di

---

<sup>49</sup> A.NIGRO, *Diritto societario e procedure concorsuali*, in A.A., V.V., *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, vol. I, Torino 2006, 192, s., *La concorrenza sleale*, TR.Rescigno, 18, 415SANTAGATA,

una situazione concorrenziale dannosa per l'altra azienda, ovvero al fatto che l'illecito pubblicitario si inserisca in un'attività più complessa idonea per le modalità e gli scopi a turbare in modo malizioso ed artificiale le condizioni di mercato in danno delle altre aziende.

Alla stregua della dottrina e della giurisprudenza come sopra ricordate riteniamo di dare risposta affermativa al quesito in ordine alla sussistenza o meno della concorrenza sleale per difformità dai principi della correttezza professionale nel caso in esame dell'imprenditore ometta dolosamente il proprio fallimento occultando il proprio stato d'insolvenza. In altre parole la nostra opinione è che l'occultamento dello stato di insolvenza e l'omissione della richiesta del proprio fallimento costituiscano grave colpa, anche se non delitto ex art.217 legge fallimentare. Questa grave colpa può qualificarsi atto di concorrenza sleale, in quanto crea nel mercato un'asimmetria informativa grave che

altera il libero gioco della concorrenza che deve essere formato su uno scambio di informazioni corrette, vere e chiare.

Siamo consapevoli che la fattispecie da noi analizzata, non è stata studiata né dalla dottrina né dalla giurisprudenza e pertanto, può apparire discussa o discutibile.

Tuttavia la dottrina dovrebbe approfondire l'argomento perchè la condotta esaminata crea sicuramente vistose asimmetrie informative nel mercato distorsive e potrebbe ipotizzarsi anche un esempio di risarcimento danni per asimmetria informativa.

In ogni caso aperta, resterebbe, ai sensi dell'art.6 legge fallimentare, la strada della richiesta del fallimento da parte del pubblico Ministero in caso di denuncia dei concorrenti non creditori.

Infatti, anche quando non si proceda penalmente, per il reato di bancarotta, perchè la condotta omissiva

dell'imprenditore non abbia aggravato il dissesto dell'impresa.

Il P.M in questi casi di occultamento dell'insolvenza potrebbe pur sempre chiedere, in sede civile il fallimento senza che a questa richiesta consegua l'incriminazione di bancarotta fraudolenta ex art.217 l.fall.

### **1.5 La responsabilità degli amministratori per occultamento dello stato d'insolvenza nel diritto statunitense.**

A questo punto è interessante, sulla scorta della dottrina, verificare, se nell'ordinamento Americano esista un dovere di diligenza degli amministratori (Directors) in ordine all'esternazione dello stato d'insolvenza e alla perdita del capitale sociale.

Si premette che nel diritto statunitense, gli amministratori sono tenuti a gestire la società osservando precisi doveri fiduciari (*fiduciary duties*).

E', però, controverso se questi doveri operino solo verso la società e gli azionisti o anche verso i creditori e se essi varino per natura ed intensità nelle diverse circostanze della vita societaria.

A tale riguardo si possono individuare tre distinti momenti temporali:

- a) il periodo di solvenza della società;
- b) il periodo di pre-insolvenza della società <sup>50</sup>.
- c) il periodo di insolvenza della società;

La giurisprudenza considera la società in stato di pre-insolvenza (c.d. *vicinity of insolvency* o *insolvency in fact*) quando essa, pur mantenendo un netto attivo, si trovi in una situazione di difficoltà finanziaria e non riesca a far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni.

Durante il periodo di solvenza, il *RMBCA*, gli *ALI Principles* e le legislazioni statali impongono agli amministratori dei doveri fiduciari nei confronti della società e degli azionisti (*duty of care and loyalty*) <sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Nel diritto statunitense si ha insolvenza quando l'ammontare delle obbligazioni supera il netto patrimoniale valutato secondo un criterio di *market fairness*: cfr. *Bankruptcy Code*, 11 U.S.C. § 101

<sup>51</sup> Cfr. *Revised Model Business Corporation Act* §§ 8.30(a), 8.31, 8.60; *ALI Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* §§ 4.01(a), 5.01, 5.02; nonché, ad es., *Del. Code Ann.*, tit. 8, §§ 144 e 145; *NY Bus. Corp. Law* §§ 713 e 717. ). Ricordo che la legislazione statunitense di diritto societario è statale; che la legislazione di diritto fallimentare è federale; che il *RMBCA* è un modello legislativo, preso ad esempio dalla maggior parte delle

Nonostante più della metà degli *statutes* degli stati nord-americi contenga disposizioni che permettono agli amministratori di considerare, nell'esercizio dell'attività sociale, interessi anche diversi da quelli della società e degli azionisti (c.d. *other constituency statutes*), queste norme non vengono intese dalla dottrina e dalla giurisprudenza come tali da imporre l'osservanza di doveri fiduciari nei confronti dei creditori o di particolari categorie di creditori <sup>52</sup> fin quando sussiste la solvenza.

---

legislazioni statali, predisposto dall'*American Bar Association* e revisionato da ultimo nel 1994; che gli *ALI Principles* sono una raccolta di principi giurisprudenziali in materia di diritto societario predisposta dall'*American Law Institute* e pubblicata nel 1994.

<sup>52</sup> Per l'opinione minoritaria cfr. W.W. BRATTON, Jr., *The Interpretation of Contracts Governing Debt Relationships*, 5 *Cardozo L. Rev.* 371 (1984); ID., *The Economics and Jurisprudence of Convertible Bonds*, 1984 *Wis. L. Rev.* 667; ID., *Corporate Debt Relationships: Legal Theory in a Time of Restructuring*, 1989 *Duke L. J.* 92; A.H. BARKEY, *The Financial Articulation of a Fiduciary Duty to Bondholders with Fiduciary Duties to Stockholders of the Corporation*, 20 *Creighton L. Rev.* 47 (1986); M. MCDANIEL, *Bondholders and Stockholders*, 13 *J. Corp. L.* 205 (1988); ID., *Stockholders and Stakeholders*, 21 *Stetson L. Rev.* 121 (1991); L.E. MITCHELL, *The Fairness Rights of Corporate Bondholders*, 65 *N. Y. U. L. Rev.* 1165 (1990); ID., *A Theoretical and Practical Framework for Enforcing Corporate Constituency Statutes*, 70 *Tex. L. Rev.* 579 (1992); D.M.W. HARVEY, *Bondholders' Rights and the Case for a Fiduciary Duty*, 65 *St. John's L. Rev.* 1023 (1991); W.S. WILSONLEUNG, *The Inadequacy*



Una volta manifestatasi l'insolvenza, l'opinione prevalente ritiene che, in mancanza di una espressa previsione normativa, gli amministratori siano tenuti ad osservare precisi doveri sia nei confronti della società e degli azionisti (gli stessi che nel periodo di solvenza), sia nei confronti dei creditori.

Si è, però, sempre ritenuto che i doveri verso i creditori non siano fiduciari e siano meno intensi di quelli imposti a favore della società e degli azionisti, risolvendosi nell'obbligo di trattare i creditori in modo paritario e di non distrarre elementi del patrimonio a proprio vantaggio o a vantaggio degli azionisti o di alcuni creditori (*duty to act legally*).

---

*of Shareholder Primacy: A Proposed Corporate Regime that Recognizes Non-Shareholders Interests*, 30 Colum. J. L. & Soc. Probs. 587 (1997); in senso contrario vedi J.R. MACEY, *An Economic Analysis of the Various Rationales for Making Shareholders the Exclusive Beneficiaries of Corporate Fiduciary Duties*, 21 Stetson L. Rev. 23 (1991); G.S. COREY & M.W. MARR & M.F. SPIVEY, *Are Bondholders Owed a Fiduciary Duty?*, 18 Fla. St. U. L. Rev. 971 (1991); N.P. BEVERIDGE, Jr., *Does a Corporation's Board of Directors Owe a Fiduciary Duty to its Creditors?*, 25 St. Mary's L. J. 589 (1994); M.E. VANDERWEIDE, *Against Fiduciary Duties to Corporate Stakeholders*, 21 Del. J. Corp. L. 27 (1996); V. BRUDNEY, *Contract and Fiduciary Duties in Corporate Law*, 38 Boston College L. Rev. 595 (1997).

In tempi recenti la giurisprudenza con riguardo al periodo di pre-insolvenza della società, sembra aver mutato il suo orientamento.

Con una serie di sentenze, a partire dal 1991, si è ritenuto che, nella fase di pre-insolvenza (e poi di insolvenza), gli amministratori devono osservare degli obblighi fiduciari (come tali più ampi del solo dovere di osservanza della disciplina di diritto positivo) anche nei confronti dei creditori della società.

In particolare, questi obblighi impongono agli amministratori (fino a quando ad essi è riservata la gestione della società<sup>53</sup> di

---

<sup>53</sup> Precisamente: nel caso di procedura di *liquidation* ai sensi del *chapter 7* del *Bankruptcy Code*, dal periodo di pre-insolvenza in poi fino alla nomina del *trustee*; nella procedura di *reorganization* ai sensi del *chapter 11* del *Bankruptcy Code*, dal periodo di pre-insolvenza in poi, per tutta la durata della procedura (v. *Bankruptcy Code*, 11 *U.S.C.* §§ 323(a), 1121), anche se i poteri del *management* risultano in parte circoscritti dopo l'approvazione del piano di riorganizzazione da parte dei creditori: v. ad es. 11 *U.S.C.* § 363; cfr. in proposito R.L. JORDAN & W.D. WARREN, *Bankruptcy*, 4th ed., 756 (1995). Ricordo che la procedura di *liquidation* mira alla liquidazione dell'impresa: essa prevede la cessione dei beni all'amministrazione fallimentare (gestita da un *trustee*), la successiva vendita degli stessi (o assegnazione ai creditori muniti di garanzia), la distribuzione del ricavato ai creditori e la liberazione dai debiti del debitore. La procedura di *reorganization* ha invece lo scopo del risanamento dell'impresa: essa prevede la redazione

conservare il patrimonio, di non intraprendere operazioni eccessivamente rischiose e di non ritardare l'apertura della procedura concorsuale<sup>54</sup>.

---

di un piano di pagamento dei creditori, l'omologazione da parte del tribunale e la successiva esecuzione dello stesso, la finale *discharge* del debitore. Il presupposto oggettivo delle due procedure è il medesimo (l'insolvenza), ma il debitore può chiedere l'ammissione alla procedura di *reorganization* anche prima del manifestarsi dell'insolvenza (c.d. *voluntary case*). Nella dottrina italiana si sono occupati di tali argomenti, in particolare, A. CASTAGNOLA, *La nuova disciplina del fallimento negli Stati Uniti*, in *Giur. comm.*, 1987, I, p. 319 ss.; LUCA G. PICONE, *La reorganization nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993.7.

<sup>54</sup> Cfr. C.W. FROST, *Running the Asylum: Governance Problems in Bankruptcy Reorganizations*, 34 *Ariz. L. Rev.* 89 (1992); ID., *The Theory, Reality and Pragmatism of Corporate Governance in Bankruptcy Reorganizations*, 72 *Am. Bankr. L. J.* 103 (1998); V. JELISAVCIC, *Comment, A Safe Harbor to Define the Limits of Directors' Fiduciary Duty to Creditors in the "Vicinity of Insolvency"* *Credit Lyonnais v. Pathe*, 18 *J. Corp. L.* 145 (1992); G.V. VARALLO & J.A. FINKELSTEIN, *Fiduciary Obligations of Directors of the Financially Troubled Company*, 48 *Bus. Law.* 239 (1992); C.R. MORRIS, *Directors' Duties in Nearly Insolvent Corporations: A Comment on Credit Lyonnais*, 19 *J. Corp. L.* 61 (1992); R.F. HARTMANN, *Situation Specific Fiduciary Duties for Corporate Directors: Enforceable Obligations or Toothless Ideals?*, 50 *Wash. & Lee L. Rev.* 1761 (1993). R.K.S. RAO & D.S. SOKOLOW & D. WHITE, *Fiduciary Duties à la Lyonnais: An Economic Perspective on Corporate Governance in a Financially Distressed Firm*, 22 *Iowa J. Corp. L.* 53 (1996); M.E. VANDERWEIDE, *Against Fiduciary Duties to Corporate Stakeholders*, cit., p. 58 ss.; R. de R. BARONDES, *Fiduciary Duties of Officers and Directors of Distressed Corporations*, 7 *Geo. Mason L. Rev.* 45 (1998); R.D. ELLIS, *Securitization Vehicles, Fiduciary Duties, and Bondholders' Rights*, 24 *Iowa J. Corp. L.* 295 (1999).

La violazione di tali obblighi comporta per gli amministratori l'assoggettamento ad una responsabilità di natura civile<sup>55</sup>.

Le posizioni della dottrina e della giurisprudenza statunitense permettono di introdurre il dibattito esistente sulla normativa dell'obbligo del capitale sociale minimo; poichè gli Autori che ritengono superata la disciplina vincolistica del capitale sociale (Enriques) affermano che rappresenta un dovere degli amministratori informare il mercato in ordine alla crisi finanziaria della società essendo illecita la condotta in esame che si collega strettamente al *moral hazard* che consiste nel

---

<sup>55</sup> cioè non patrimoniale . Quest'ultimo tipo di responsabilità è, a differenza della responsabilità civile, una responsabilità la cui imputazione prescinde dalla necessaria e puntuale verifica del nesso causale tra comportamento e danno e della colpa; per alcune precisazioni in proposito si vedano, nella dottrina italiana, M. CASSOTTANA, *La responsabilità degli amministratori nel fallimento di s.p.a.*, Milano, 1984, p. 10 ss., 37 ss.; L. DIBRINA, *La responsabilità per le nuove operazioni successive allo scioglimento della s.p.a.*, Milano, 1996, p. 183 ss., 234 ss.; F. DEVESCOVI, *Nuove operazioni e responsabilità degli amministratori e dei liquidatori*, Milano, 1997, p. 99 ss.

tenere nascosto al mercato le informazioni rilevanti relative alla crisi finanziarie, quindi, alla perdita del capitale sociale. Appare dunque, evidente il collegamento della presente tematica all'oggetto del capitale in ordine al dovere degli amministratori di informazione transittiva in ordine allo stato di insolvenza e la richiesta del fallimento della società.

Ma procediamo con ordine illustrando le due teorie, premettendo che in linea generale le regole americane e quelle europee in questo campo sono fondamentali, esse riflettono una divisione profonda tra gli Europa e Stati Uniti circa il modo di disciplinare le società di capitali, metodi diversi che spiegano perchè il mercato dei capitali americano è molto più robusto di quello europeo.

Enriques ritiene superata la disciplina vincolistica del capitale, in quanto sostiene che le regole sul capitale sociale dell'Unione Europea non sono giustificabili in termini di

efficienza ed addirittura sarebbe opportune abrogarle del tutto<sup>56</sup>.

L'Autore sostiene che ci sono più i costi che i benefici. E, inoltre questi costi gravano non soltanto sugli azionisti ma anche in alcuni casi, sui medesimi creditori che sono favorevoli alle regole sul capitale sociale<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Proposta concretizzatesi nel 1998 quando la Commissione Europea annunciò che l'iniziativa SLIM (*Simpler legislation for thr Internal Market*) lanciata nel maggio 1996 al fine di semplificare il diritto comunitario, sarebbe stata estesa al diritto societario. V.E. Wymeersch, *European Company Law: The "Simpler Legislation for the international Market*.

<sup>57</sup> La letteratura giuridica e la giurisprudenza a lungo si sono occupate del problema del capitale legale, della sua funzione e dei suoi limiti. Dare conto del variegato dibattito sul tema andrebbe oltre la finalità del lavoro, che, invece, intende inquadrare il tema sotto un profilo economico, prospettiva quasi del tutto trascurata in letteratura. Ad ogni modo, per un approfondimento delle posizioni espresse dagli studiosi italiani di diritto si veda ampiamente: Portale G.B., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, contributo originale del 1991 pubblicato in *Rivista delle società* e presente anche in Colombo G.E. - PORTALE G.B., *Trattato delle società per azioni*, Utet, Torino, 2004, p. 28 e ss.; CESARINI F., *Alcune riflessioni sul significato attuale del capitale sociale e del valore nominale dell'azione nella prospettiva dell'investitore*, in Abbadessa P. - Rojo A., (a cura di), *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, Giuffrè, Milano, 1993; SPOLIDORO M.S., *Il capitale sociale*, in Abbadessa P. - Rojo A., (cit.); MIOLA M., *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali*, in *Rivista delle società*, vol. 50, n. 6, 2005, pp. 1199. Inoltre si vedano i contributi di MIOLA M., SACCHI R., SPOLIDORO M.S., presenti in Balzarini P., Carcano G.,

Il primo problema che deriva dalla teoria vincolistica del capitale è il conflitto tra gli azionisti e i creditori, questo perchè gli azionisti attraverso molte azioni come la distribuzione dei dividendi, il ricorso a nuovi creditori, ed altre operazioni possono danneggiare i creditori. A loro volta i creditori possono trarre profitto a spese degli azionisti , imponendo alla società di pagare debiti in anticipo o impedendo a questi di pagare i dividendi.

Tuttavia sembrano essere più competitivi gli azionisti , i quali però nel valutare se comportarsi opportunisticamente , dovrebbero confrontare i guadagni di breve termine derivanti da un simile comportamento con i più elevati interessi che dovranno pagare in futuro.

---

VENTORUZZO M. (a cura di), *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive. Atti del convegno internazionale di studi.Venezia, 10-11 novembre 2006*, Giuffrè, Milano, 2007.

Il rischio di comportamenti opportunistici diviene elevato soprattutto quando vi è una situazione da “fine gioco”, come nel caso in cui la società sia vicina all’insolvenza. In particolare, solo nel caso ci siano creditori finanziari anche i creditori di pretese prestabilite potranno essere tutelati contro comportamenti opportunistici.

In Europa i titolari di pretese prestabilite<sup>58</sup> hanno un ruolo centrale nel governo delle imprese ed esistono regole sul capitale sociale volte a prevenire i comportamenti opportunistici da parte degli azionisti a danno dei creditori. Tuttavia, mentre in Europa, i creditori trovano tutela nella legge, negli Stati Uniti, i creditori devono affidarsi allo strumento contrattuale per proteggersi<sup>59</sup>. La giustificazione

---

<sup>58</sup> I *fixed claimant*, i creditori dell'impresa, sono titolari, sotto un profilo giuridico, di una pretesa economica prestabilita, senza assumere alcun rischio esplicito relativo al successo dell'attività, né ad essi è concesso *ex lege* alcun potere di intervento nella gestione.

<sup>59</sup> J.R. MACEY e G.P. MILLER, *Corporate Governance and Commercial Banking: A Comparative Examination Of Germany*,



principale delle regole sul capitale sociale di stile europeo dirette alla protezione dei creditori è che la loro osservanza è il prezzo che le imprese devono pagare per ottenere i benefici della responsabilità limitata.

Le regole imposte dalla seconda Direttiva in tema di capitale sociale riguardano l'imposizione di un capitale sociale minimo, le regole sui conferimenti, sulle distribuzioni agli azionisti e sugli aumenti e le riduzioni del capitale sociale, a sua volta ogni stato che ha recepito la Direttiva ha reso ancora più vincolistica la disciplina del capitale sociale con l'obiettivo di meglio proteggere i creditori sociali. In particolare, alcuni di essi prevedono che, qualora le perdite portino il patrimonio netto al di sotto di una data soglia, la

---

*Japan and the United States*, in *Stan.L.Rev.*1996, vol.48 p.73 ss., a p.81.

società debba, in alternativa, ricapitalizzarsi o trasformarsi in società di altro tipo che preveda un minimo di capitale non inferiore al patrimonio netto residuo.

Se non vi provvede tempestivamente, la società si scioglie e/o gli amministratori sono personalmente responsabili delle operazioni sociali<sup>60</sup>.

Negli Stati Uniti il Model Business Corporation Act (MBCA), nel 1980 ha abbandonato completamente il concetto di capitale sociale, altri 30 Stati hanno poi optato per questa scelta; tuttavia il Delaware pur non adottandolo ha mantenuto una disciplina molto esigua del capitale sociale, in quanto non prevede alcun minimo legale.

---

<sup>60</sup>Y.GUYON, *La mise en Harmonie du Droit Français des Communautés Européennes sur le Capital Social*, in *Semaine Juridique*, 1982, p.3067ss.

Venendo alla questione centrale, Erriques vuole dimostrare che le regole sul capitale sociale sono un modo costoso e inefficiente di proteggere i creditori; in primo luogo queste regole sono onerose per le società di capitali e dunque per gli investitori, perchè rendono inflessibile la struttura finanziaria<sup>61</sup>.

In secondo luogo, queste regole, impongono di seguire costose procedure in particolare di pagare inutili relazioni di esperti e pareri legali, inoltre sono dannose per l'economia poichè da esse discendono i costi monetari e il costo opportunità dell'impiego dei giudici per assicurarne l'osservanza.

A ciò si aggiunga che queste regole non avvantaggiano significativamente i creditori, nè tantomeno risulta efficace la regola “ricapitalizza o liquida”, adottata da numerosi Stati Membri.

---

<sup>61</sup>CLARK, *Corporate Law*, 77-78; P.DAVIES, *Legal Capital in Private Companies in Great Britain*, in AG, 1998, p.346 ss., a p.

Sembra, dunque evidente, che per Erriques l'Unione Europea dovrebbe eliminare qualsivoglia norma di diritto societario a tutela dei creditori sociali basata sull'antiquata nozione di capitale sociale legale minimo, per sostituirlo con una disciplina alternativa, sul modello delle regole delineate dal *Revised Model Business Corporation Act* e di regole di responsabilità come quelle sviluppate dalla giurisprudenza, anche americana, in tema di superamento dello schermo delle persone giuridiche<sup>62</sup>.

Il capitale minimo iniziale<sup>63</sup>, previsto dalla Seconda Direttiva non fornisce alcuna significativa tutela dei creditori sociali, poichè in nessun modo è correlato all'ammontare complessivo dei debiti che una società può assumere nè al genere di attività che la società intendeva svolgere<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup>25.000€

<sup>63</sup>Ferran, *Company law and Corporate Finance*, cit, p.312;

<sup>64</sup>Nella visione tradizionale, le disposizioni sul capitale sociale proteggono i potenziali creditori contro i possibili inganni perpetrati

La dottrina del capitale sociale assume, falsamente, che l'ammontare fisso del capitale sociale informi i creditori attuali e potenziali dell'entità dell'attivo di cui una società dispone e che non può essere liberamente distribuito agli azionisti<sup>65</sup>.

Nel mondo reale, tuttavia, i creditori non danno particolare importanza al capitale sociale, poichè ogni società appena inizia ad operare può subire delle perdite si aper ragioni

---

diano false informazioni sul proprio reale patrimonio.V.criticamente, FERRAN, *Company Law and Corporate Finance*, cit. P.283-84, la quale giustamente osserva che gli ordinamenti in genere prevedono rimedi generali contro il dolo.

<sup>65</sup>D.D. PRENTICE, *Veil Piercing and Successor Liability in the United Kingdom*, in *Fla.J.*1996, vol.10, p.469 ss.

Se uno Stato adottare regole sul capitale sociale particolarmente rigide, i creditori avranno ragione di credere che effettivamente gli azionisti abbiano conferito quanto figura come capitale sociale.

Se al contrario l'ordinamento non prevede regole del genere, i creditori semplicemente non faranno affidamento sulla cifra del capitale sociale; terranno infatti conto della possibilità che gli azionisti non abbiano effettivamente eseguito i conferimenti, indagheranno ulteriormente circa la sussistenza economica della società.

gestionali sia perchè compie qualche operazione iniqua non coperta dall'art.11 della Seconda Direttiva<sup>66</sup>.

I creditori preoccupati del rischio che i soci si distribuiscano i beni della società lasciandola incapiente hanno ampi spazi di manovra per proteggersi; innanzitutto possono esigere un più elevato tasso d'interesse, tale da compensarli del rischio che corrono<sup>67</sup>.

Possono, inoltre ottenere delle garanzie reali o anche personali, nel caso di società a base azionaria ristretta; o ancora possono negoziare clausole che limitano la distribuzione dell'attivo dei soci.

---

<sup>66</sup>E' facile eludere l'applicazione dell'art.11 della Seconda Direttiva, a causa del suo ristretto ambito di applicazione, ch eesso non fornisce alcuna reale tutela per i creditori:v.M.S.SPOLIDORO, *Commento sub.art.7*, in P.MARCHETTI ( a cura di ), *Modificazioni alla disciplina delle società di capitali e cooperative*, in Nuove Leggi civili commentate, 1988, p.1 ss., p.51 ss.

<sup>67</sup>Una garanzia reale è funzionalmente equivalente a una restrizione negoziale alla facoltà di eseguire distribuzioni agli azionisti, con l'unica differenza che la prima si applica a beni più o meno specificamente individuati invece che a una data frazione dell'attivo.

Anche la dottrina favorevole alle regole sul capitale sociale in generale è disposta a concedere che molti creditori, in particolare quelli finanziari, non traggono alcun vantaggio dalle regole sul capitale sociale, dal momento che sono in grado di autotutelarsi contrattualmente<sup>68</sup>.

Questa dottrina, tuttavia, giustifica le regole sul capitale sociale, in quanto necessarie per tutelare i creditori “deboli”, ossia privi della forza o della avvedutezza necessarie per autotutelarsi contrattualmente, quali i creditori commerciali, i dipendenti e i creditori involontari<sup>69</sup>

Putroppo, è molto probabile che, anche nel vigore di regole sul capitale sociale, i creditori sociali deboli si accorgono di

---

<sup>68</sup>M.S: SPOLIDORO, *Il capitale sociale*, in P.ABBADESSA e A:ROJO (a cura di ) *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, 1993, p.59 ss., a p.67-68.

<sup>69</sup>CARMINATI, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l. e il divieto di concorrenza*, in *Società*, 2009, p.1143 ss.;

distribuzioni *contra legem* soltanto quando la società già è insolvente.

D'altro canto , se le ditribuzioni agli azionisti sono tali da portare all'insolvenza della società, esse saranno illecite anche secondo le regole del Model Business Corporation Act americano, che secondo Enriques è un'alternativa preferibile all'antiquato e rigido regime europeo del capitale sociale.

Un valido strumento per i creditori realmente deboli potrebeb essere la regola per cui le riduzioni di capitale non possono avvenire senza il consenso dei creditori , ma in realtà proprio perchè questi ultimi sono deboli, non avranno alcuna effettiva possibilità di esercitare il diritto di veto che la Direttiva concede loro. Dunque l'alternativa reale sembra essere che anche in assenza di regole sul capitale sociale, il più debole dei creditori potrebbe ottenere analogo protezione per contratto, ogni qual volta il costo per il debitore di fornire



questa protezione sia inferiore al beneficio che ne ricava il creditore<sup>70</sup>.

Per questo si ritiene improbabile che le norme sul capitale sociale siano il modo meno costoso a disposizione di un legislatore paternalistico che voglia proteggere i creditori più deboli contro il rischio di insolvenza causato dalla sottrazione di attività sociali da parte degli azionisti.

Le regole sul capitale sociale potrebbero perfino danneggiare più di ogni altro , gli stessi creditori deboli che esse sarebbero intese a tutelare; infatti se una società ha potere di mercato in uno qualunque dei mercati in cui opera, essa sarà in grado di scaricare, in tutto o in parte, i costi in questione

---

<sup>70</sup>DAVIES, *Legal Capital in Private Companies in Great Britain*, cit. P.353

sulle proprie controparti, come ad esempio nel caso dell'impresa monopolista<sup>71</sup>.

Per questo si ritiene che le regole sul capitale sociale abbiano il compito di proteggere i creditori soggetti al potere di mercato della società debitrice.

Tuttavia, se è vero che questi creditori traggono scarsi se non inesistenti vantaggi dalle regole sul capitale sociale; queste regole impongono costi alla società.

Le società a loro volta, sono in grado di far gravare questi costi sulle controparti nei confronti delle quali hanno maggiore potere di mercato, allora è del tutto plausibile che siano precisamente i creditori che le regole sul capitale sociale sarebbero intese a proteggere a sopportare i costi.

Possiamo ritenere a questo punto, che la disciplina della 2° Direttiva grava inutilmente sugli azionisti, sui creditori e

---

<sup>71</sup>RORDORF, *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza (I parte)*, in *Società*, 2008, p. 1193

sull'economia in generale, perchè riduce la flessibilità necessaria per un'efficiente gestione delle imprese e scoraggia investimenti nelle società ad alto rischio .

Dunque, l'idea di innalzare il capitale minimo per proteggere i creditori sarebbe particolarmente imprudente, perchè non vi può essere una misura standard per i conferimenti minimi dovuti dagli azionisti<sup>72</sup>.

Inoltre, qualsivoglia decisione del legislatore sul capitale sociale è destinata a divenire presto obsoleta, data la rapida e inevitabile evoluzione del contesto economico, finanziario e tecnologico.

Inoltre, qualsiasi significativo requisito di capitale iniziale costituirebbe un'ingiustificabile tassa d'ingresso per accedere al mercato mobiliare, poichè in un'ampia gamma di

---

<sup>72</sup>GALGANO, *Direttive della capogruppo e abuso della direzione unitaria: responsabilità degli amministratori*, in *Fallimento*, 2000, 1096 ss.;

situazioni, un elevato capitale minimo iniziale per le società per azioni avrebbe un impatto molto negativo sulle decisioni relative al finanziamento della società.

In ultima analisi, una tutela dei creditori assai più efficace delle altre regole sul capitale sociale, è stata considerata la regola “ricapitalizza o liquida”, nella misura in cui funzioni concretamente come strumento di prevenzione per le insolvenze<sup>73</sup>.

Questa regola però penalizza l’assunzione di rischio e grava dunque, pesantemente sulla crescita dei mercati azionari; da un punto di vista più formalistico, può osservarsi che essa è incoerente con lo stesso concetto di responsabilità limitata.

In un mondo ipotetico in cui ogni singola società rispettasse questa regola, nessuna società diventerebbe mai insolvente,

---

<sup>73</sup>G.P.MILLER, *Das Kapital: Solvency Regulation of the American Business Enterprise*, in E.A. POSNER (a cura di), *Chicago Lectures in Law and Economics*, 2000, p.65 ss., a pag.69-70

perchè prima si scioglierebbe o verrebbe trasformata in società con soci illimitatamente responsabili.

In secondo luogo, un' regola del genere crea la possibilità di comportamenti opportunistici da parte dei soci: ciò è in contrasto con l' esigenza di evitare di rendere facile l' uscita dalle società agli azionisti, specialmente nei primi anni di vita di una società, quando il progetto per cui la società era stata costituita non è stato ancora pienamente realizzato e la società versa in una condizione finanziaria difficile<sup>74</sup>.

In terzo luogo, gli azionisti di maggioranza potrebbero usare questa regola per liberarsi di azionisti di minoranza privi di liquidità.

---

<sup>74</sup>L.ENRIQUES-J.R.MACEY, *Creditors Versus Capital Formation: The case Against the European Leornell Law Review*, 2001, p.1165 ss; versine italiana in *Riv.soc.*2002, p.78 ss. Con il titolo *Raccolta di capitale di rischio e tutela dei creditori: una critica radicale alle regole europee sul capitale sociale*.

Se infatti il capitale sociale si riduce a zero, l'azionista che non sia in grado ovvero non voglia partecipare al necessario aumento di capitale perderà il proprio status di azionista.

L'Autore, dopo quest'ampia illustrazione sulle regole del capitale sociale contenute nella Seconda Direttiva, ha dimostrato che esse arrecano dei benefici minimi ai creditori sociali, comportano dei costi per gli azionisti, per alcuni creditori e per l'economia in generale.

Allora si chiede perchè continuano ad esistere? L'unica risposta plausibile è che ben definiti gruppi di interesse più influenti in Europa che negli Stati Uniti traggono significativi benefici dalle regole sul capitale sociale, nonostante la loro inefficienza.

Tra tutti traggono benefici gli azionisti di controllo e gli amministratori.

Nell'Europa continentale, le società quotate tendono ad avere azionisti significativi che le controllano; questi soggetti

beneficiano di regole che pongono limiti significativi al pagamento dei dividendi e agli acquisti di azioni proprie. Due ulteriori gruppi di interesse traggono inoltre chiari vantaggi dallo status quo delineato dalla Seconda Direttiva: i professionisti contabili ( che forniscono i servizi di stima obbligatori secondo la Direttiva nonché la necessaria consulenza in relazione alle numerose regole che si fondano sui dati contabili) e gli avvocati, che pure devono guidare gli amministratori lungo il labirinto delle complicate regole del capitale sociale.

Non è un caso infatti, che questi due gruppi di professionisti hanno un ruolo centrale nell'elaborazione delle regole sul capitale, e ne sono dei difensori, in quanto forse difettando di conoscenze in materia di finanza e di economia, credono che esse costituiscano uno strumento equo ed efficace di tutela dei creditori.

A ciò si aggiunga che i giuristi europei hanno compiuto significativi investimenti di capitale umano per acquisire dimestichezza con questo tipo di regole e la loro abrogazione distruggerebbe il valore di questi investimenti.

Infine la disciplina del capitale beneficia le banche, poichè riduce il rischio d'insolvenza dei loro debitori; ma soprattutto poichè queste regole influenzano negativamente lo sviluppo dei mercati azionari esse indirettamente contribuiscono a proteggere il potere di mercato delle banche nei mercati finanziari europei.

Tuttavia qualcosa sta cambiando, come ha giustamente osservato Kubler<sup>75</sup>, la globalizzazione ha portato ad un rafforzamento dell'importanza dei mercati azionari europei,

---

<sup>75</sup>KUBLER, *The Rules on Capital Under the Pressure of the Securities Markets*, cit., p.11



ciò comporta una maggiore inadeguatezza delle regole imposte dalla Seconda Direttiva sul capitale sociale.

Col crescere dell'importanza del *venture capital* e di altre moderne forme di finanziamento delle imprese, crescerà anche la spinta verso l'eliminazione di regole la cui rigidità impone costi significativi agli investitori.

Una soluzione possibile<sup>76</sup> potrebbe essere che l'Unione Europea sostituisca la disciplina prevista dalla Seconda Direttiva con regole flessibili, sul modello Business Corporation Act, eliminando tutte le regole sul capitale sociale non imposte dalla Seconda Direttiva ivi inclusa, *in primis*, la regola "ricapitalizza o liquida". Inoltre, sarebbe opportuno adottare anche forme di regolamentazione ex post come la responsabilità dei soci a seguito del superamento

---

<sup>76</sup>Le proposte di modifiche del regime del capitale sociale sono diverse, tra quelle più note sono da ricordare la proposta dell'High Level Group of Company Law Experts (2004) e quella del Rickford Group (Rickford, 2004), favorevoli all'abolizione del capitale sociale. Posizione contraria all'abolizione del capitale sociale è espressa, invece, dal Lutter Group (Lutter, 2006).

della personalità giuridica al fine di proteggere i creditori involontari<sup>77</sup>.

Tali posizioni<sup>78</sup>, seppur molto dibattute, hanno il merito di aver posto all'attenzione alcuni evidenti debolezze del meccanismo del capitale sociale e hanno contribuito a diversificare le posizioni sul tema delle *legal capital rule* europee<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup>V.DAVIES, Legal Capital in Private Companies in Great Britain, p.353-54.

<sup>78</sup>Enriques & Macey, 2002 VERSIONE ITALIANA ENRIQUES e MACEY, *Raccolta di capitale di rischio e tutela dei creditori: una critica radicale alle regole europee sul capitale sociale*, in *Riv. soc.*, 2002, 78.; Enriques 2005; Denozza 2002, 2005 e 2007

<sup>79</sup>L'Autore che ha maggiormente criticato la teoria di Enriques è Denozza, partendo dal presupposto che ci siano due tipi di regimi: l'uno in cui "la legge definisce imperativamente i criteri ai quali la società deve attenersi nell'elaborare le informazioni sulla sua situazione patrimoniale e crea alcuni vincoli cui la società viene automaticamente assoggettata nel caso in cui queste elaborazioni producano determinati esiti (ad es., divieto di distribuzione di utili in presenza di perdite di esercizio) l'altro in cui, al contrario, non esistono tali criteri né detti vincoli. In termini di efficienza, la prima alternativa espone al rischio che i vincoli e gli obblighi imposti per le gge abbiano costi superiori ai vantaggi, la seconda alternativa espone al rischio che il mercato non sia in grado di produrre la quantità ottimale di obblighi di informazione e di vincoli di comportamento.

---

Inquadrando il problema nell'ambito delle asimmetrie informative e della "selezione avversa" egli ritiene che non esistano meccanismi di mercato idonei a superare il problema della selezione avversa, ritiene dubbioso semplici contratti tra debitori e creditori possano creare un sistema di obblighi e, soprattutto di sanzioni, tale da assicurare un livello sufficiente di affidabilità".

Nel nostro caso l'impresa ha sulla sua situazione patrimoniale informazioni che i suoi potenziali creditori non hanno e che non sono materialmente in grado di acquisire, senza la collaborazione dell'impresa stessa l'impresa migliore deve perciò trovare un modo per rendere credibili le sue affermazioni relative alla qualità del prodotto che offre alla controparte. Il che vuol dire, nel nostro caso, che le società devono trovare un modo per rendere credibili le informazioni che danno sulla loro situazione patrimoniale e gli impegni che assumono in ordine all'evolversi della stessa. L'alternativa regolazione/mercato si propone allora come scelta della soluzione in grado di evitare, nel modo più certo e meno costoso, quel generalizzato deprezzamento di tutti i prodotti offerti che si verifica nelle contrattazioni dominate da asimmetrie informative non corrette. Soltanto un sistema di regole statuali le cui violazioni siano adeguatamente sanzionate, anche penalmente, raggiungerebbe lo scopo di assicurare un assetto efficiente nei rapporti tra imprese e loro creditori, dunque conclude ritenendo che sia necessario l'esistenza di sanzioni penali per il falso in bilancio, "la costruzione di un sistema di sanzioni penali congegnato intorno alla violazione dei contratti stipulati tra i *managers* ed i creditori delle società da loro amministrate, non può essere considerato privo di difficoltà".

Per quel che concerne il tema dell'agenzia Denozza ritiene che all'interno delle imprese può esservi separazione tra proprietà e controllo e che i gestori (gruppi di comando o *manager* di professione) possono avere un interesse, non (sempre) coincidente con quello degli azionisti in quanto tali. La possibilità di non subire vincoli nella valutazione delle entità che essi decidono di acquisire al patrimonio sociale, nelle informazioni che devono fornire al riguardo e nei vincoli che ne possono conseguire, assicura ai gestori una discrezionalità che può essere fonte di benefici, ciò li porta a ricorrere troppo poco ai finanziamenti meno cari, offerti da creditori che pretendono impegni adeguati, ed in misura eccessiva ai

Allo stato attuale delle conoscenze, non esistendo evidenze empiriche circostanziate, sembra impossibile affermare, con assoluta certezza, la superiorità di un sistema rispetto

---

finanziamenti, più costosi, provenienti da creditori propensi al rischio.

Qui Denozza mantiene l'analisi a livelli di genericità e astrattezza tali da consentirgli di confrontare due mondi *ipotetici*: l'uno, privo di regole e afflitto da insormontabili problemi di agenzia e l'altro, con regole presumibilmente prive di controindicazioni e, parrebbe, tali da risolvere o da rendere irrilevanti i problemi di agenzia.

La realtà, controbatte Enriques è un po' diversa: non si può mai trascurare, nel confronto tra una situazione di libero mercato e una di mercato assistito da (determinate) regole, che queste ultime hanno un costo e si giustificano solo se tale costo è inferiore alle perdite di benessere derivanti in loro assenza dai fallimenti del mercato che pure vi possono essere e spesso vi sono.

In mancanza di un confronto di questo tipo, l'affermazione per cui i vincoli di comportamento e gli obblighi di informazione sarebbero disponibili in misura subottimale in assenza di regole non è sufficiente a giustificare queste ultime in termini di efficienza. Denozza introduce poi la distinzione tra "vincoli scindibili" e "vincoli inscindibili", ossia tra impegni che giovano al solo creditore nei cui confronti sono presi (es. messa a parte di determinate informazioni) e impegni che giovano a tutti (limiti contrattuali alla distribuzione di dividendi), per constatare che i secondi pongono problemi di sottoproduzione, dal momento che anche gli altri creditori ne traggono vantaggio, o in altri termini per osservare che essi producono esternalità positive.

Nuovamente, Denozza richiama i problemi di agenzia di cui si è detto in precedenza per sostenere che, da un lato, la produzione dei vincoli inscindibili sarà resa ancor più subottimale dalla preferenza dei gestori a conservare ampi spazi di libertà e, dall'altro, che gli stessi problemi determinerebbero specularmente una sovrapproduzione di vincoli scindibili.

all'altro, soprattutto, in relazione al loro impatto sul sistema economico<sup>80</sup>.

Il dibattito sul capitale sociale, risulta essere molto attinente al periodo di crisi che stanno attraversando le imprese in tempi recenti, esso nasce dall'esigenza di disciplinare più efficacemente quelle situazioni che si pongono al confine tra il diritto societario e quello fallimentare. In questa prospettiva d'indagine rileva la tecnica del solvency test, in particolare sotto il profilo delle valutazioni prognostiche circa, la situazione economica finanziaria della società i cui contenuti molto spesso coincidono con i presupposti

---

<sup>80</sup>Non esistono studi sull'impatto delle *legal capital rule* sullo sviluppo dei sistemi economici. Va segnalato, invece, il risultato che la società KPMG (2008, p. 312) ha raggiunto, mediante uno studio comparativo, sui costi che i sistemi di *legal capital* impongono alle imprese. In particolare, in controtendenza rispetto alla diffusa opinione di una maggiore onerosità delle regole europee sul capitale legale, lo studio citato mette in luce che mediamente i costi del sistema europeo sono più bassi dei sistemi diffusi in paesi «?non UE?». È significativo notare che ad incidere maggiormente, in questi ultimi paesi, sono i costi imputabili alla voce *Contractual Self Protection*.

oggettivi per l'apertura di una procedura concorsuale, vale a dire la crisi di liquidità, da un lato, e lo squilibrio nel rapporto tra attività e passività del patrimonio sociale dall'altro<sup>81</sup>.

La conclusione è che laddove si segua la teoria di Erriques sul superamento della teoria vincolistica; questa stessa teoria porta all'obbligo di informare il mercato dello stato d'insolvenza della società e l'obbligo di informare in ordine allo stato d'insolvenza della società. Tale obbligo appare strettamente legato alla mia tesi di dovere di richiedere il

---

<sup>81</sup>Non esistono studi sull'impatto delle *legal capital rule* sullo sviluppo dei sistemi economici. Va segnalato, invece, il risultato che la società KPMG (2008, p. 312) ha raggiunto, mediante uno studio comparativo, sui costi che i sistemi di *legal capital* impongono alle imprese. In particolare, in controtendenza rispetto alla diffusa opinione di una maggiore onerosità delle regole europee sul capitale legale, lo studio citato mette in luce che mediamente i costi del sistema europeo sono più bassi dei sistemi diffusi in paesi «?non UE?». È significativo notare che ad incidere maggiormente, in questi ultimi paesi, sono i costi imputabili alla voce *Contractual Self Protection*.

proprio stato di fallimento e del dovere degli amministratori di dichiarare lo stato d'insolvenza.

Sempre sul piano generale, e quindi, sul piano sistematico è doveroso rilevare, il dibattito recente: Erriques-Denozza-Miola, pone in evidenza ancora una volta il grande valore della teoria dell'informazione e dell'agenzia, perché i problemi dell'obbligatorietà del capitale minimo per legge si traducono in pratica nei problemi di trasparenza e quindi di asimmetria e simmetria informativa in ordine alla situazione finanziaria della società.

## **1.6 Uno sguardo all'Europa tra simmetria e asimmetria informativa della crisi finanziaria dell'impresa.**

Nei principali ordinamenti giuridici il problema dell'informazione tempestiva dello stato d'insolvenza .

E' interessante comparare come è trattato negli altri ordinamenti il problema dello stato d'insolvenza.

Le riforme europee, in materia delle imprese in crisi, si sono quasi tutte ispirate, allo schema della Reorganization statunitense<sup>82</sup>;

A) Nell'ordinamento francese, nonostante la rivalutazione dell'interesse per la posizione dei creditori attuata con la riforma del 1994, la conservazione dell'impresa si è mantenuta come obiettivo principale nella procedura di composizione stragiudiziale della crisi, che si svolge

---

<sup>82</sup> R.ROBLOT, *Traité de droit commercial*, 14° ediz., Tome 2, Paris, L.G.D.J, 1994, pag.1287



sotto la direzione del giudice che deve valutare il piano di risanamento presentato dall'imprenditore.

Ciò è possibile in quanto i giudici francesi, così come quelli spagnoli hanno una cultura anche economica; infatti in Francia sono in vigore i tribunali di commercio, i cui membri (magistrati consolari) vengono eletti tra gli appartenenti alle categorie di imprenditori o dirigenti di società, i quali si possono peraltro, avvalere di esperti ai quali possono essere richieste consulenze e perizie.

Ciò consente di distinguere tra una situazione di crisi da gestire con la procedura di "allarme", da una situazione d'insolvenza per la quale si deve, invece, aprire una procedura di risanamento giudiziario o di liquidazione giudiziaria<sup>83</sup>.

Dunque, il presupposto per l'apertura di una procedura di composizione stragiudiziale è una situazione di crisi, per il

---

<sup>83</sup> M.JEANNE CAMPANA, *L'impresa in crisi: l'esperienza del diritto francese*, in *Fall.*, 2003, pagg.982, e segg.

cui superamento l'imprenditore deve prevedere un piano di risanamento da sottoporre al giudice il quale, se ne accerta i requisiti di attendibilità, può, disporre l'omologazione.

Peraltro la finalità risanatoria costituisce un obiettivo di primaria importanza nei sistemi concorsuali dei principali ordinamenti europei anche nelle procedure giudiziali, che si aprono sul presupposto dell'insolvenza.

Si, può quindi affermare che non appare estranea la tendenza a valorizzare l'autonomia privata, ma occorre, tuttavia, rilevare che le soluzioni stragiudiziali previste per la risoluzione della crisi dell'impresa assumono una struttura composita nell'ordinamento francese.

La dottrina francese ha messo in luce, che la composizione della crisi, pur basandosi su di un contratto, riserva una parte decisionale il potere decisionale al giudice, in quanto è il giudice a dover accertare se sussistano le condizioni per l'avvio della procedura e a decidere sulla domanda presentata

dall'imprenditore. Così strutturata, tale procedura richiede che l'accordo raggiunto tra debitori e creditori sia omologato dal giudice; previsione questa che impone, pertanto, deilimiti all'efficacia contrattuale attribuita a tale accordo.

In conclusione possiamo dire che in Francia, la riforma del 1994, ha provveduto a rafforzare le c.d. misura di allerta, strumento attraverso cui si consente all'autorità giudiziaria di venire tempestivamente a conoscenza di una situazione di difficoltà. Viene quindi valorizzato il ruolo dei *commissaires aux comptes*.

I commissaires devono, infatti, informare il presidente del Tribunale di grande istanza, a seconda della competenza, della situazione critica e se la società abbia omesso di adottare con immediatezza le iniziative idonee a superare lo stato di crisi riscontrato.

B) In Germania, dopo la riforma del 1994, è stata eliminata l'alternativa tra fallimento e concordato preventivo, poichè

ad entrambi si sostituisce un procedimento unitario, molto flessibile, in quanto in ogni momento nella procedura si può inserire un “piano di insolvenza” *\_Insolvenzplan\_*, variamente articolato il cui contenuto è lasciato alla libera disponibilità dell'imprenditore, o di una parte dei creditori, ovvero del curatore e che deve poi essere sottoposto all'approvazione del giudice. Approvazione che comporta la sospensione della procedura di liquidazione ed eventualmente anche il mantenimento dell'imprenditore a capo dell'impresa; tale procedimento è stato commentato favorevolmente dalla nostra dottrina, in quanto si è rilevato come in esso si realizzi, rispetto al modello francese, una maggiore tutela dei creditori, ancorchè si preveda la possibilità di attuare la divisione dei creditori in classi<sup>84</sup>.

Inoltre, in Germania, è stata introdotta una prassi che consiste in una soluzione stragiudiziale di composizione della crisi

---

<sup>84</sup> GUGLIELMUCCI, *La predisposizione e il vaglio del piano di risanamento*, in Fall., 1999, pag.712

dell'impresa condotta dagli istituti di credito coinvolti nel dissesto e che demandano alla banca maggiormente esposta l'incarico di trattare con l'imprenditore il piano per la rimozione dell'insolvenza.

Un denominatore comune per entrambi gli ordinamenti è la tutela dell'esigenza di conservazione dell'impresa, per evitare che la rimozione dell'insolvenza avvenga mediante la disgregazione dell'impresa e la sua uscita dal mercato.

C) Nel Regno Unito una sistemazione organica della disciplina dell'insolvenza è contenuta *nell'Insolvency Act* del 1985 e del 1986 e, recentemente, nell'*Enterprise Act 2002*, entrato in vigore il 1° aprile 2004.

Tra le varie procedure : il debitore persona fisica, può adottare, in caso di insolvenza, due soluzioni: ricorrere all'*Individual voluntary Arrangement*, che consiste in un accordo con i creditori, che gli consenta di mantenere la

gestione dei propri beni; oppure ricorrere ad una procedura di liquidazione (*bankruptcy*)<sup>85</sup>.

Fino a qualche tempo fa, si considerava che il procedimento più diffuso fosse l'Administrative Receivership, disciplinato nella parte III dell'Insolvency Act, in base al quale i creditori privilegiati in possesso della *floating charge*<sup>86</sup>, hanno il diritto di nominare un *Administrative receiver* (iscritto all'albo degli Insolvency practitioners), incaricato ad adottare le decisioni necessarie per il salvataggio dell'impresa, tenendo ben presente gli interessi dei creditori che lo hanno nominato. I creditori senza la *floating charge* possono nominare un commissario liquidatore, per cui si applica il principio secondo cui i creditori non possono esigere i loro crediti individualmente.

---

<sup>85</sup> CORNELLI-FELLI *Efficiency of bankruptcy procedurs*, in Temi di discussione, Servizi Studi della Banca D'italia, n.245, p.22

<sup>86</sup> Particolare tipo di garanzia su beni o attività non individuabile in via definitiva, in quanto soggetti a mutare di consistenza, come ad esempio, il magazzino.

Ora tende a prevalere la prospettiva di *Administration Procedure*, disciplinato nella parte II dell'*Insolvency Act*, questa prevede la nomina di un *administrator* e si presenta come un procedimento elastico con il quale si possono perseguire finalità diverse: il risanamento dell'impresa, oppure una composizione concordata dell'insolvenza, o , invece la liquidazione dell'impresa.

Peculiarità della procedura è che la nomina del soggetto incaricato della predisposizione del piano per il superamento della crisi ed eventualmente anche della gestione della società può provenire dai creditori o dalla stessa società e deve essere accompagnata da un relazione (report), redatta da una persona indipendente e cioè, da un soggetto in possesso di conoscenze approfondite della situazione dell'impresa, ma che non ha "*connections*" con la società.

Infine giova ricordare il *London Approach*, istituito nel 1989, con cui si è inteso fissare regole e principi generali, ai quali

le banche devono attenersi nello svolgimento delle procedure delle imprese in crisi<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> P.KENT, *La ristrutturazione finanziaria nell'esperienza inglese: la proposta londinese*, in Banca, impresa, società, 1993, pag.196.

NIERI, *Il ruolo delle banche nelle crisi d'impresa: esperienza di Regno Unito, Stati Uniti, Germania, Giappone*, in Banca, impresa, società, 1997, pagg.14 e segg.

IORIO, *Modelli europei e scelta tra sistemi a gestione giudiziaria o amministrativa*, in Fall, 1998, pag 951,



## CAPITOLO II

La tutela dei marchi e dei segni distintivi nel periodo  
antecedente alla dichiarazione di fallimento.

Sommario: 2.1 *Principi generali della tutela del marchio nel fallimento.* 2.2. *Tutela nel fallimento del marchio come componente dell'attivo fallimentare.* 2.3 *La legittimazione del curatore a tutelare il marchio e la clientela dell'impresa fallita contro gli atti di contraffazione del marchio dell'impresa in crisi.* 2.4 *La simmetria informativa e revocabilità degli atti di trasferimento del marchio.*

2.5 *Gli effetti del fallimento sul contratto di licenza del marchio.*

## **2.1 Principi generali della tutela del marchio nel fallimento.**

Le linee direttrici lungo le quali si articola il presente capitolo, ha ad oggetto essenzialmente tre profili:

- a) il marchio come componente dell'attivo fallimentare e la legittimazione del curatore ad invocarne la tutela;
- b) la revocatoria degli atti di trasferimento del marchio anteriori al fallimento e quelli posti in essere in costanza di procedura;

c) la sorte del contratto di licenza del marchio a seguito del fallimento.

Questi tre principi sono strettamente collegati al tema generale della presente tesi che tratta l'insolvenza, i marchi e la concorrenza sleale nella crisi d'impresa sotto il principio dell'informazione.

## **2.2. Tutela nel fallimento del marchio come componente dell'attivo fallimentare .**

Venendo all'esame del primo problema, nel caso in cui i diritti di proprietà e di utilizzo del marchio siano rimasti in capo all'imprenditore dichiarato fallito, essi vengono assoggettati al c.d. pignoramento fallimentare, secondo quanto disposto dall'art. 42, 1. fall.

Ciò significa che il titolare perde la disponibilità del marchio, che ricade nell'amministrazione del curatore, il quale è tenuto alla loro diligente conservazione in vista del successivo realizzo.

È ormai pacifico, sin dalla legge marchi del 1992, che la sentenza dichiarativa di fallimento non comporti la decadenza del marchio registrato, avendo tale riforma espunto la norma che comminava la decadenza come effetto della definitiva cessazione dell'impresa (sebbene già in

precedenza si negasse la configurabilità di un'estinzione automatica del diritto sul marchio <sup>88</sup>.

Sul piano pratico, non v'è dubbio che il fallimento rechi con sé, di regola, una sensibile diminuzione del valore del marchio; anche se - com'è stato osservato - falliscono talora imprenditori che sono titolari di marchi evocativi, suggestivi, celebri o rinomati, che per loro natura non subiscono, se non in minima parte, le ricadute negative dell'insolvenza. Si pensi solo per fare un esempio al caso del marchio Parmalat. Il marchio è un segno distintivo, il suo valore come connettore di clientela è tratto di natura informativa. Il marchio è un'informazione, la più importante informazione dell'impresa.

E' chiaro che il residuo valore del marchio dipende dalla possibilità di continuare a farne uso e di effettuare gli

---

<sup>88</sup> GHIDINI, *La concorrenza sleale*, Torino, 2001, 36.

opportuni investimenti pubblicitari: "è importante, per gli uffici fallimentari la valutazione della situazione di fatto e della eventuale opportunità di assicurare - magari attraverso la concessione di licenze - la continuazione dell'uso del marchio nel corso della procedura. E ciò tanto più se si tiene conto del fatto che il curatore non è facoltizzato ad usare il marchio direttamente, a meno che non sia stato disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa *ex art. 104, 1. fall.*

In effetti, il rischio maggiore che si corre in questi casi è quello della decadenza per non uso e l'estinzione dell'informazione del prodotto.

Non ritengo che la dichiarazione di fallimento integri gli estremi del "motivo legittimo" che, ai sensi dell'art. 24, c.p.i., giustifica il mancato uso impedendo il verificarsi della decadenza<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> Nel medesimo senso, con riferimento all'espressione - pressoché identica - del previgente art. 42, l.m. ("mancato uso per motivi legittimi"), SENA, *Il nuovo diritto dei marchi . Marchio nazionale e marchio comunitario*, Milano, 2001, 207.

Deve precisarsi, peraltro, che lo spirare del termine decadenziale non impedisce al curatore di svolgere attività utili alla massa dei creditori, purché il marchio sia ancora noto. In questa eventualità, infatti, egli può non solo metterlo in vendita, ma anche "farlo valere, quanto meno come anteriorità distruttiva della novità di una successiva domanda o come titolo di un'inibitoria e dell'azione di contraffazione" .

Il problema più rilevante che si pone, dal punto di vista dell'applicazione dei principi concorsuali, attiene all'esistenza del presupposto processuale della legittimazione attiva in capo al curatore, il marchio in attesa della vendita ci si interroga in ordine alla possibilità, per un imprenditore fallito (*recte*, per il curatore fallimentare, che agisce - come noto - *utendo juri bus creditorum*), di ottenere il ristoro di un danno da concorrenza sleale, l'inibitoria di una condotta che ne sia foriera.

---

Ora, riguardo alla società in stato di scioglimento, l'opinione maggioritaria è da tempo giustamente orientata nel senso di ritenere che un danno concorrenziale ben può ricorrere, ed essere quindi sanzionato, anche durante la liquidazione e che anzi proprio durante questa fase, caratterizzata da una minor forza competitiva, l'impresa necessita di una maggiore e più pregnante tutela contro atti di concorrenza sleale <sup>90</sup>.

Del resto, diversamente opinando, si dovrebbe accedere alla tesi, che viene invece respinta dalla quasi totalità della giurisprudenza e della dottrina <sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> E v., in luogo di altri, JAEGER, *I soggetti della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1971, I, 214.

<sup>91</sup> Cfr., *ex aliis*, Cass., 26 aprile 2001, n. 6078, in *Mass. Giust. civ.*, 2001; Cass., 2 maggio 1994, n. 4214, *ivi*, 1994; App. Milano, 4 maggio 2001, in *Orient. giur. lav.*, 2001, I, 433; NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società per azioni*, in *Trattato*, Colombo-Portale, 7 \*\*\*, Torino, UTET, 1997, 433 e ss.; COTTINO, *Diritto commerciale*, 1, *L'imprenditore*, Padova, Cedam, 2000, 187; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Le società*, Torino, UTET, 2002, 527..



e che appare invero inaccettabile, secondo cui gli atti di liquidazione non sono qualificabili come atti imprenditoriali e che la cessazione di un'impresa coincide con l'interruzione della sua attività produttiva o, più in generale, della sua attività tipica.

Senonché, ammettendo ciò, si perverrebbe inevitabilmente all'assurda conclusione di "negare la tutela a chi, pur in questa fase, può ricevere dei danni da atti di concorrenza, e, al tempo stesso, far sfuggire alla repressione comportamenti contrari alla correttezza professionale" .

Ciò appare tanto più vero se si considera, come si afferma da tempo in giurisprudenza<sup>92</sup> . che alla messa in liquidazione non consegue né l'estinzione del soggetto giuridico impresa, né la sua inattività, e che, soprattutto, tale particolare stato è sempre revocabile, con la conseguente permanenza di un

---

<sup>92</sup> Cfr V. già Trib. Milano, 9 luglio 1964, in *Rassegna della proprietà industriale, letteraria ed artistica*, 1964, 256

interesse ad ottenere la repressione di comportamenti che siano, anche solo potenzialmente, contrari alla correttezza professionale e, pertanto, idonei a cagionare pregiudizi patrimoniali<sup>93</sup>.

Se dunque un'impresa in stato di liquidazione può essere ritenuta soggetto

passivo di violazioni dei diritti di proprietà industriale, lo

stesso è a dirsi per un'impresa decotta, stante la sua

sopravvivenza alla dichiarazione di fallimento e la

possibilità che essa, all'esito della procedura concorsuale,

ritorni *in bonis*. Ed è infatti a tale conclusione che è

pervenuta la più recente ed avveduta giurisprudenza<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> Cfr. Cass., 17 aprile 1991, n. 4096, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 546; Cass., 5 gennaio 1976, n. 7, in *Dir. fall.*, 1976, II, 172; Cass., 11 marzo 1975, n. 897, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, 1435; Cass., 5 settembre 1966, n. 2320, in *Giust. civ.*, 1967, I, 52; Cass., 21 febbraio 1958, n. 571, *ivi.*, 1958, I, 406; Trib. Roma., 12 dicembre 1985, in *Giur. dir. ind.*, 1985, 859; in dottrina, nello stesso senso, ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, Giuffrè, 1959, 203; ROTONDI, *Diritto industriale*, Padova, Cedam, 1965, 481; JAEGER, (nt. 7), 214, nt. 131; FLORIDIA, *Correttezza e responsabilità dell'impresa*, Torino, 1982, 67 ss.; GHIDINI, *La concorrenza sleale*, Torino, 2001, 36.

<sup>94</sup> V. App. Milano, 9 febbraio 1990, in *Giur. dir. ind.*, 1991, 202, seguita, tra le altre, da Trib. Roma, 13 febbraio 1992, in *Giur. dir. ind.*, 1992, 451.

Il suddetto principio vale, beninteso, non solo nell'ipotesi in cui l'impresa fallita si trovi in esercizio provvisorio, ma anche nel caso in cui il curatore fallimentare sia chiamato a svolgere una semplice attività liquidatoria.

Ed invero, sino al momento in cui il fallimento non venga chiuso, sussiste un evidente interesse a difendere tutti gli elementi della massa attiva, vale a dire l'azienda nel suo complesso, in previsione della possibilità di alienarla in blocco, od anche solo di vendere i singoli beni di cui essa si compone e dalla cui proficua realizzazione dipende la maggior o minor soddisfazione del ceto creditorio.

A tale stregua, come si è giustamente osservato in dottrina, "non si vede perché la tutela riconosciuta esistente prima del fallimento non dovrebbe essere garantita nella procedura concorsuale, nella quale, semmai, si aggiungono altri

---

interessi da difendere a quelli generalmente protetti dalla disciplina" .

Sulla scorta di tale premessa, si deve necessariamente concludere che risulterebbe iniquo e contrario a logica impedire al curatore fallimentare (indipendentemente dal fatto - si ripete - che l'impresa decotta si trovi o meno in esercizio provvisorio) di ricorrere, seppur in via subordinata, ad azioni inibitorie, restitutorie o risarcitorie, giacché "non il fallimento, ma la chiusura del fallimento", senza che nel frattempo l'azienda sia stata ceduta nel suo complesso o l'impresa riprenda la sua attività a seguito di un concordato, rappresenta la fine dell'azienda"; con la conseguenza che, sino al momento in cui non sia stato reso un provvedimento di chiusura ai sensi dell'art. 119 l. fall., l'impresa fallita continua ad essere in rapporto di potenziale concorrenza con gli altri soggetti operanti nel medesimo settore merceologico.

Ne discende, in definitiva, l'esperibilità da parte del curatore, dei rimedi cautelari *ex artt.* 128, 129 e 131 c.p.i. E ciò ritengo valga anche con riferimento ai marchi di fatto, sia che si reputino invocabili le norme all'uopo previste dal codice della proprietà industriale (data la loro maggior ampiezza rispetto al passato), sia che si ritenga necessario attingere al precetto generale di cui all'art. 2598 c.c.

Appurato dunque che lo *status* di imprenditore fallito non è di ostacolo alla tutela del marchio ad iniziativa del curatore, può ancora osservarsi che l'evento fallimentare può addirittura rappresentare un vantaggio quando il curatore, per così dire, "giochi in difesa".

È il caso dell'esercizio (anche in via cautelare) di diritti di esclusiva sul marchio ad opera di un concorrente dell'imprenditore dichiarato fallito.

Ed infatti, una tutela siffatta appare preclusa ogniqualvolta il marchio risulti acquisito all'attivo fallimentare attraverso

l'inventario, dovendo in tal caso ricorrersi al rimedio tipico - ed esclusivo - dell'azione di rivendicazione *ex art. 103, l. fall.*

95

È ben vero che la riforma della legge fallimentare ha introdotto, all'art. 87 *bis*, la disposizione ai sensi della quale i beni mobili sui quali i terzi vantino diritti reali o personali chiaramente riconoscibili possono essere restituiti, su istanza della parte interessata, con decreto del curatore, una volta che il curatore ed il comitato dei creditori abbiano manifestato il proprio consenso.

Non sembra tuttavia che le situazioni in cui vi sia controversia in ordine alla titolarità del marchio siano

---

<sup>95</sup> Sul punto, la giurisprudenza è chiara nell'affermare, proprio in tema di marchi, che, rientrando "la tutela della titolarità esclusiva del bene immateriale tra le situazioni giuridiche soggettive, di carattere reale o personale, relative a cose mobili, regolate dall'art. 103 l. fall., è preclusa la proposizione di azioni in sede ordinaria volte alla tutela di eventuali diritti di esclusiva su beni acquisiti alla massa fallimentare e, di riflesso, l'esperibilità di azioni cautelari finalizzate all'affermazione dei predetti diritti" (così, fra le pronunce edite più recenti, Trib. Roma, 29 marzo 1996, in *Giur. merito*, 1997, 286).

agevolmente sussumibili nella fattispecie testé descritta, sicché il ricorso alla domanda di rivendicazione appare, nella maggior parte dei casi, ineludibile.

Il decreto legislativo 4 dicembre 1992, n.480 ha ampiamente modificato il sistema del diritto dei marchi, in particolare l'art.15 inerente alla cessione e alla licenza del marchio<sup>96</sup>.

Con la norma suddetta, il trasferimento è stato distinto se a titolo definitivo o a titolo di licenza d'uso tra il marchio e parte dell'azienda; in tal modo il marchio si viene configurando come un autonomo bene di scambio, la cui funzione giuridica rilevante e riconducibile ad una triplice funzione economica del marchio espressamente tutelate

---

<sup>96</sup> C. GALLI, *Funzione giuridica del marchio e ampiezza della tutela*, Milano, 1996, pp.136-140.

A.VANZETTI, *Natura e funzione giuridica del marchio*, in questa Rivista, 1961, I, p.23, dal quale è tratta l'enucleazione delle tre funzioni economiche svolte dal marchio e precisamente: la funzione di garanzia di qualità; la funzione di indicatore di provenienza e la funzione attrattiva.

dall'ordinamento<sup>97</sup> .; ciò significa che allo stato attuale non si può parlare ne più ragionare in termini di funzione giuridicamente rilevante, bensì di insieme di funzioni giuridicamente rilevanti.

---

<sup>97</sup> Sulla tutela diretta riconosciuta alla funzione suggestiva del marchio del d.lgs 480/1992 v. M.FAZZINI , Profili della tutela della funzione suggestiva del marchio nella nuova legge, in Riv, Dir.ind.1995, II, p.141



### **2.3. La legittimazione del curatore a tutelare il marchio e la clientela dell'impresa fallita contro gli atti di contraffazione del marchio dell'impresa in crisi.**

La tutela del marchio da parte del curatore non concerne solo l'ipotesi della contraffazione diretta del marchio, che si ha quando si copia il marchio dell'impresa fallita per appropriarsi della sua clientela in modo diretto, ma concerne, anche, i casi in cui i concorrenti tengano condotte o pratiche commerciali scorrette nei rapporti con i consumatori a danno dell'impresa fallita e della sua potenziale clientela.

A riguardo occorre premettere che la Direttiva CEE 84/550 è stata attuata in Italia con i decreti legislativi 145-146 del 2007 e la relativa normativa è stata, poi, inserita nel cosiddetto Codice del Consumo ( decreto legislativo 2005 n.206.)

Con tali interventi normativi l'interesse del pubblico dei consumatori ad essere tutelato contro gli effetti distorsivi

delle pratiche commerciali illecite assurge ad interesse direttamente e specificamente tutelato dall'ordinamento statale.

A tal fine è stato introdotto un controllo amministrativo affidato all'Autorità garante della concorrenza e del mercato istituita dalla legge anti-trust.

Ma la normativa sulle pratiche commerciali scorrette si sovrappone alle norme sulla contraffazione dei marchi?

La dottrina a riguardo è divisa.

Occorre, partire dall'esame delle due fattispecie: da un lato la fattispecie<sup>98</sup> del "rischio di confusione per il pubblico dei

---

<sup>98</sup>. Non va sopravvalutata la differenza sul parametro di consumatore preso in considerazione dai due gruppi di norme: anche se solo la Direttiva sulle pratiche sleali contiene una definizione della nozione di consumatore di riferimento (all'art. 5, parr. 2 e 3), questa non differisce sensibilmente da quella inaugurata dalla sentenza della Corte di Giustizia 16 luglio 1998, causa C-210/96, in *Racc.*, 1998, I, 4657 ss., caso «Gut Springenheide e Tusky», che fa riferimento alla nozione di consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto; un richiamo alla nozione di consumatore medio è anche con specifico riferimento all'ingannevolezza originaria o sopravvenuta del marchio in Corte Giust. CE 30 marzo 2006, in causa C-259/04, in *Racc.* 2006, I, 3089 ss., caso «Elizabeth Emanuel», parr. 47-48 e 53; in senso non diverso, parrebbe, AUTERI, (nt. 2), 385. Ma v. in argomento W. SCHUMACHER, (nt. 3), 133 s.

consumatori prevista come pratica commerciale scorretta, dall'altro lato vi è la fattispecie della contraffazione dei marchi ai sensi del codice civile.<sup>99</sup>.

Invero l'accertamento dell'ingannevolezza della confusione con i marchi di un concorrente presuppone un accertamento dell'inganno che, almeno testualmente, non è richiesto nella valutazione del conflitto diretto fra marchi preso in considerazione dalle norme sulla contraffazione dei marchi o sulla nullità.

Infatti il comma 2 dell'art. 21 del Codice del Consumo tende a prevenire la creazione di una asimmetria informativa in concreto nel pubblico dei consumatori.

---

<sup>99</sup>. In senso contrario C.SANTAGATA, *Concorrenza sleale e interessi protetti*, 45 ss., sulla base della non corretta premessa che la disciplina della concorrenza sleale tuteli direttamente anche i consumatori. Più cautamente GHIDINI, *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, 196 e ss, ipotizza l'incostituzionalità dell'art.2601 nella parte in cui implicitamente esclude la legittimazione dei singoli consumatori o delle loro associazioni.

Nel diritto dei marchi non si ritrova una prescrizione corrispondente perchè la normativa sui marchi non prende in considerazione diretta i consumatori.

In sostanza, per il codice del Consumo è considerata ingannevole, la pratica in questione, se è idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Viceversa le norme sul conflitto tra marchi non richiedono, almeno esplicitamente, alcun impatto sulle scelte di acquisto del consumatore<sup>100</sup>.

Per meglio capire la differenza tra le due fattispecie bisogna capire il rapporto esistente tra la nozione di “confusione con i marchi di un concorrente” e quella “di rischio di confusione per il pubblico”.

La prima tutela ha carattere corporativo, e l'altra ha carattere sociale.

---

<sup>100</sup>. Diversamente però, in relazione al terzo tipo di conflitto, Corte di Giustizia 27 novembre 2008, causa C-252/07, caso «Intel».

Il rischio di confusione per il pubblico è preso in considerazione dalle norme sulla contraffazione, nullità ed opposizione costituisce solo un effetto o, se si preferisce, una conseguenza della previsione normativa.

Più precisamente, esso è conseguenza del congiunto operare di due fattori, l'identità o la somiglianza del marchio successivo con il marchio registrato anteriore e l'identità o somiglianza dei prodotti o servizi per i quali i due marchi sono stati registrati: fattori che creano asimmetrie informative nei consumatori.

Nelle previsioni oggi vigenti, questi due fattori si collocano su di un piano diverso rispetto al rischio di confusione, e precisamente, sul piano delle cause, dei presupposti o degli antecedenti di quest'ultimo<sup>101</sup>.

---

<sup>101</sup>. L'osservazione è comune: così ad es. DI CATALDO, *Capacità distintiva ed estensione merceologica della tutela*, in *Il dir. ind.*, 2007, 27 ss., 30 e VANZETTI-DI CATALDO, (nt. 2), 231.

L'effetto del rischio di confusione per il pubblico è inteso come quel rischio di asimmetria informativa inerente la garanzia sull'origine dei beni.

L'effetto considerato dalle norme si precisa quindi come rischio di confusione del pubblico quanto all'origine imprenditoriale (o, come pure talora è detto, commerciale) dei beni contraddistinti dal marchio successivo; ed il rischio di confusione viene ritenuto sussistente se il pubblico possa erroneamente ritenere che i beni in questione provengano dal titolare del marchio anteriore o da un'impresa ad esso economicamente legata<sup>102</sup>.

A ben vedere, la nozione di confusione nel pubblico dei consumatori, non è certo ignota al diritto dei marchi, ma in

---

<sup>102</sup>. Così, letteralmente, fra le moltissime sentenze comunitarie, Corte di Giustizia UE 23 marzo 2010, caso «Google-Ad-Words», par. 84, 89-90; Corte di Giustizia 12 giugno 2008, causa C-533/06, in *Racc.* 2008, I, 4231 ss., caso «O2», par. 59; 26 aprile 2007, causa C-412/05, caso «Travatan», par. 55; Trib. UE 24 marzo 2010, causa T-363/08, caso «nollie/noli», par. 23 e causa T-423/08, caso «Hunagro/Uniagro», par. 19

quanto detto si è parlato di confondibilità dei marchi<sup>103</sup> come modo sintetico di formulare il concetto di confondibilità fra le fonti di origine imprenditoriali di beni contraddistinti da marchi identici o simili .

Si potrebbe piuttosto rilevare che, essendo la confusione con i marchi di un concorrente accostata alla confusione con i prodotti, la denominazione sociale e altri segni distintivi di un concorrente nella stessa lett. a) del par. 2 dell'art. 6 della Direttiva sulle pratiche commerciali sleali e del comma 2 dell'art. 21 del Codice del Consumo, la nozione corrispondente pare rimandare ai concetti propri della concorrenza sleale confusoria più che a quelli specifici

---

<sup>103</sup>. AULETTA-MANGINI, *Del marchio. Del diritto d'autore sulle opere dell'ingegno*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna, 1977, 77 ss. ma anche, ad es., 75; PASTERIS, *Lezioni di diritto industriale*, Giappichelli, Torino, 1970, 98 s.; ASCARELLI, (nt. 1), 358. Anche nella giurisprudenza comunitaria affiora talora il riferimento alla nozione di rischio di confusione diretta tra i marchi: v. ad es. Trib. primo grado CE 18 dicembre 2008, causa T-16/07, caso «Torre de Benitez», par. 79.

della contraffazione del marchio o della nullità od  
opposizione alla registrazione di un marchio<sup>104</sup>.

Nella prospettiva del Codice del Consumo se si prescinda  
totalmente dalle modalità e dal contesto di uso del marchio  
successivo, non è facile dire che cosa ipoteticamente il  
pubblico penserà raffrontando con un marchio anteriore un  
marchio successivo che non si sa come verrà poi  
effettivamente adoperato.

Ma è doveroso ricordare che nella giurisprudenza della Corte  
di Giustizia recentemente si è sottolineato come occorra  
procedere ad una valutazione delle specifiche modalità di

---

<sup>104</sup>.da vedere VANZETTI, *La funzione distintiva del marchio oggi*, in Vanzetti e Sena (a cura di), *Segni e forme distintive. La nuova disciplina*, Giuffrè, Milano, 2001, 3 ss., 8-9. Può anche avvenire che la modalità di impiego del marchio in corso di registrazione non dipenda neppure da decisioni del richiedente ma da come esso verrà adoperato dal pubblico di riferimento, ad es. dal punto di vista della sua pronuncia: per questa ragione Trib. primo grado CE 25 marzo 2009, causa T-402/07, caso «Kaul-Arcol/Capol», par. 87 ha ritenuto che, quando il confronto fonetico abbia per oggetto un marchio in corso di registrazione costituito da un termine di fantasia, nella specie Arcoll, si può trattare solo, finché esso non è stato registrato e utilizzato per designare i prodotti, della sua probabile pronuncia da parte del pubblico interessato. Nello stesso senso Trib. primo grado CE 8 luglio 2009, causa T-240/08, caso «oli/Olay», parr. 38 ss.



impiego del segno successivo addebitate dal titolare del marchio anteriore all'utilizzatore non autorizzato<sup>105</sup> .

Questa stessa giurisprudenza sottolinea come, nell'ipotesi di cui all'art. 5, n. 1, lett. *b*), della direttiva 89/104, il terzo che usi un segno identico o simile ad un marchio registrato non rivendica alcun diritto di marchio su tale segno, ma ne fa un uso ingannevole.

Pertanto, per valutare se il titolare del marchio registrato possa opporsi a tale uso specifico, occorre limitarsi alle circostanze particolari che contraddistinguono tale uso, senza che occorra accertare se un altro uso del medesimo segno in circostanze diverse sarebbe anch'esso suscettibile di dar adito a un rischio di confusione<sup>106</sup> .

---

<sup>105</sup>. Corte di Giustizia 12 giugno 2008, caso «O2», cit., par. 66 ss.

<sup>106</sup>. In senso analogo v. VANZETTI-DI CATALDO, (nt. 2), 136, che scorge nella dizione del par. 2 dell'art. 6 della Direttiva sulle pratiche commerciali sleali ed il comma 2 dell'art. 21 del Codice del Consumo una formula appropriata ad una iniziativa individuale del titolare del segno

La vera differenza fra fattispecie di conflitto fra i marchi e quella presa in considerazione del comma 2 dell'art. 21 del Codice del Consumo va, dunque, ricercata altrove e precisamente sul piano del requisito, previsto in quest'ultima normativa ma non nel diritto dei marchi, dell'impatto sul comportamento economico del consumatore.

La conclusione è allora evidente, tutte le norme sulla contraffazione dei marchi sono preordinate alla diretta tutela degli interessi del titolare del marchio, non dei consumatori; con le norme del Codice del Consumo, invece, la confusione alla cui presenza è subordinato il successo dell'iniziativa del titolare del marchio anteriore nei confronti del marchio successivo è il rischio di confusione quanto all'origine commerciale od imprenditoriale che dir si voglia dei beni muniti dal segno identico o simile. Se poi si possa avere anche un rischio di delusione delle aspettative del consumatore in ordine alle caratteristiche dei beni muniti con

il marchio anteriore è certo una eventualità da non escludersi, ma, come ben dicono gli studiosi tedeschi; il diritto dei marchi tutela contro la *Verwechslungsgefahr* e non contro la *Irreführungsgefahr*.

La protezione di diritto dei marchi non presuppone infatti alcuna *Gütevorsstellung*, aspettativa in ordine alla qualità del bene contraddistinto dal marchio da parte del pubblico.

La dottrina tedesca, suscita però qualche perplessità; la confusione prevista dal codice del consumo può avere conseguenze anche sulla reputazione che il marchio anteriore abbia conseguito in relazione alle scelte del titolare del marchio, concernenti la qualità dei beni destinati ad essere contraddistinti dal segno.

L'orientamento giurisprudenziale, anche prima della Direttiva sulle pratiche commerciali, sottolineava come scorrette

Il rilievo è in sé esatto e trova del resto conferme ripetute anche sul piano Direttiva marchi e del regolamento sul

marchio comunitario spesso sottolineavano come la tutela contro la confusione abbia il fine di impedire che un soggetto non autorizzato sfrutti la reputazione e la posizione del marchio<sup>107</sup>. Vero è altresì che la tutela diretta della funzione distintiva può produrre e di regola produce conseguenze di rilievo anche su piani ulteriori ed *in primis* su quello dei messaggi veicolati dal marchio attinenti alla qualità dei beni contraddistinti dal marchio: come ha efficacemente

---

<sup>107</sup>. Il richiamo alla protezione della reputazione del marchio è da considerarsi un *topos* cui la Corte fa ricorso oramai da parecchi decenni: vedi le sentenze della Corte di Giustizia del 30 novembre 1993, in causa C-317/91, in *Giur. ann. dir. ind.*, n. 3010 e in *Riv. dir. ind.*, 1995, II, 117 ss., caso «Audi Quattro», par. 30 (se ne veda un commento attento alle implicazioni per la dinamica del diritto comunitario in REICH, *The November Revolution of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi Revisited*, in *Common Market Law Review*, 1994, 459 ss.); del 17 ottobre 1990, causa C-10/89, in questa *Rivista*, 1991, con nota di VANZETTI, *Sulla sentenza Hag 2*, caso «Hag II», par. 14; 23 maggio 1978, causa C-102/77, caso «Hoffman La Roche», par. 7; del 31 ottobre 1974, causa C-16/74, in *Riv. dir. ind.*, 1975, II, 355, con mia nota *Brevetti e marchi paralleli nella recente giurisprudenza comunitaria*, caso «Winthrop», par. 8 ((In materia di **marchi**, oggetto specifico della proprietà commerciale, è fra l'altro il fatto che venga garantito al titolare il diritto esclusivo di servirsi del marchio per la prima immissione di un prodotto sul mercato, tutelandolo, in tal modo, contro eventuali concorrenti che intendessero sfruttare la posizione di quell'impresa e la *reputazione del marchio*, mediante utilizzazione abusiva di questo. Il *topos* non è abbandonato nella giurisprudenza successiva: v. fra le molte Corte di Giustizia 20 marzo 2003, causa C-291/00, in *Racc.* 2003, I, 2799 ss., caso «LTJ Diffusion/Arthur», par. 46.

sottolineato la Corte di Giustizia nel caso Arsenal, il marchio deve costituire la garanzia che tutti i prodotti o servizi che ne sono contrassegnati sono stati fabbricati o forniti sotto il controllo di un'*unica impresa alla quale possa attribuirsi la responsabilità della loro qualità*<sup>108</sup>.

---

<sup>108</sup>. Corte di Giustizia 12 novembre 2002, caso «Arsenal», causa C-206/1, in *Racc.* 2002, 10273 ss., par. 48 (corsivi aggiunti).

## **2.4 La simmetria informativa e revocabilità degli atti di trasferimento del marchio.**

Esaurito l'esame dei profili di concorrenza sleale in tema di marchi e delle correlate asimmetrie informative viene ora all'esame il regime degli atti di trasferimento dei marchi, separatamente dall'azienda posta in essere dall'imprenditore prima della dichiarazione di fallimento.<sup>109</sup>

Tali atti di disposizione, se perfezionati in epoca precedente alla dichiarazione di fallimento, spiegano effetto nei confronti di questo esclusivamente nella misura in cui risultino opponibili ai terzi, vale a dire, in base al disposto dell'art. 45, l. fall. - il quale rimanda implicitamente, come noto, all'art. 2704 c.c. -, quando consistano da atto munito di data certa anteriore all'apertura della procedura concorsuale.

---

<sup>109</sup> VANZETTI-DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, Giuffrè, 2005, 235..

Questa regola si applica, oltre che al fallimento, alla liquidazione coatta amministrativa (in virtù del richiamo di cui all'art. 200 l. fall.), all'amministrazione straordinaria (come stabilito dall'art. 18 d. lgs. n. 270/1999) e, oggi, anche al concordato preventivo<sup>110</sup>.

Quanto ai marchi registrati, ogni sindacato sul punto è reso più agevole dalla sussistenza dell'obbligo - imposto dall'art. 138 c.p.i. - di trascrizione presso l'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi degli atti di disposizione, con gli effetti propri della pubblicità dichiarativa.

---

<sup>110</sup> Sul punto, sia consentito rinviare ad AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, XI, 1, diretto da Cottino, Padova, Cedam, 2008, 104, ove il rilievo che, "conformemente all'auspicio da tempo formulato da una parte della dottrina, la riforma del 2006 ha inserito nell'art. 169 il richiamo all'art. 45, sicché sono prive di effetto nei confronti dei creditori le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi se compiute dopo la presentazione della domanda di concordato; laddove in precedenza dottrina e giurisprudenza, proprio per via del mancato riferimento alla suddetta disposizione in tema di fallimento erano per lo più inclini ad affermare il contrario".

Di conseguenza, intervenuto il fallimento del cedente, è sufficiente verificare se l'atto di trasferimento sia stato regolarmente trascritto, posto che, in caso affermativo, il negozio - salvo quanto si dirà in appresso in tema di revocatoria - risulta pienamente efficace nei confronti della procedura (la cui posizione è equiparata a quella di qualsiasi terzo), mentre, nell'ipotesi opposta, l'acquirente resta esposto all'azione di contraffazione <sup>111</sup>.

Quanto ai marchi non registrati, invece, "valgono le regole generali dell'art. 45 l. fall. e dell'art. 2704 c.c., con l'avvertimento che, per i diritti sui beni immateriali, la regola è che gli atti di disposizione non richiedono la forma scritta né *ad probationem* né tantomeno *ad substantiam*" <sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> FORMIGGINI, (nt. 1), 1118; in giurisprudenza cfr. Trib. Torino, 27 gennaio 1992, in *Giur. it.*, 1993, I, 259; Trib. Bologna, 5 novembre 1993, in *Dir. ind.*, 1994, 551.

<sup>112</sup> SPOLIDORO, *Fallimento e diritti di proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, 604 ss.



Come anticipato, gli atti di disposizione anteriori all'emanazione della sentenza *ex art. 16 l. fall.*, quand'anche opponibili alla procedura, sono suscettibili di dichiarazione di inefficacia rispetto alla massa ogniqualvolta sussistano i presupposti per l'esperimento dell'azione revocatoria, ordinaria o fallimentare.

Com'è stato osservato, infatti, "non di rado l'approssimarsi del fallimento induce l'imprenditore (o chi nell'impresa riveste i ruoli di guida gestionale) a tentare di mettere in salvo la più "personale" delle proprietà aziendali, quella dei beni immateriali, con la quale si potrà riprendere l'attività con una nuova veste ed una nuova impresa, che succede a quella fallita" .

Operazioni siffatte, benché astrattamente legittime, sono frequentemente contraddistinte dall'inadeguatezza del corrispettivo, traducendosi in un grave depauperamento

---

dell'attivo fallimentare <sup>113</sup>, il che - sussistendone i requisiti soggettivi - consente al curatore di avvalersi, oltre che dell'*actio pauliana*, dei rimedi di cui agli artt. 64 ss. l. fall.

Al di fuori dell'ipotesi in cui la cessione sia avvenuta a titolo gratuito (con conseguente estensione biennale del "periodo sospetto"), il caso più frequente risulta certamente quello della revocabilità *ex art. 67, n. 1, l. fall.*, che consente di ottenere la dichiarazione di inefficacia delle disposizioni a titolo oneroso compiute nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, sempre che il valore del marchio oltrepassi di oltre un quarto quello del corrispettivo pattuito.

Peraltro, anche qualora sia avvenuto a prezzo congruo, il trasferimento può essere revocato, a condizione che sia stato compiuto entro i sei mesi dall'apertura della procedura concorsuale<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> NOSOTTI, (nt. 1), 552

<sup>114</sup> Sulla disciplina dell'azione revocatoria fallimentare cfr., da ultimo, JORIO, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai*

Si tratta, naturalmente, di uno strumento per il quale il curatore opterà quando sia stato autorizzato l'esercizio provvisorio, o si debba far luogo all'affitto d'azienda o comunque quando vi siano ragionevoli prospettive di poter alienare proficuamente il marchio sul mercato.

È chiaro che, una volta ottenuta la dichiarazione di inefficacia dell'atto di disposizione, il fallimento avrà diritto alla retrocessione del bene, potendo altresì agire in contraffazione contro il cessionario che perseveri nel suo utilizzo.

Abbiamo visto come nel contratto di licenza del marchio, sia essa con o senza esclusiva, sia sempre presente una forma di collaborazione tra il licenziante e il licenziatario, che può variare e di fatto varia notevolmente da contratto a contratto, sia in riferimento alle modalità che in concreto assume la

---

*creditori*, in AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, XI, 2, diretto da Cottino, Padova, Cedam, 2008, 414 ss., ove ampi riferimenti.

collaborazione, sia in riferimento al grado di intensità con il quale il rapporto collaborativo si estrinseca<sup>115</sup>.

Parte della dottrina ritiene che un simile obbligo collaborativo possa essere adempiuto dal curatore in sostituzione del licenziante fallito. Se è vero, infatti, che il fallimento può non incidere sull'assetto tecnico-produttivo dell'impresa fallita, è del pari vero che con l'assoggettamento alla procedura fallimentare si realizza uno iato nell'esercizio dell'attività economica che porta necessariamente a delle disfunzioni, sia sotto l'aspetto dell'organizzazione dei fattori produttivi (disfunzioni interne), sia sotto l'aspetto dei rapporti con i terzi imprenditori (disfunzioni esterne), che

---

<sup>115</sup> Sul punto vedi N.ZORZI, *La circolazione dei segni distintivi*, Padova Cedam, 1994 pp.557ss, la quale fa notare come "l'esperienza dimostra che in tutte le licenze il titolare mantiene un potere di regolamentazione dell'uso del marchio trasferito al licenziatario, anche se si tratta di collaborazione che può presentare intensità variabile a seconda del prodotto oggetto del contratto.

mal si conciliano con i già richiamati obblighi di collaborazione<sup>116</sup> .

La prosecuzione del contratto di licenza durante la procedura concorsuale aperta nei confronti dellicenziante deve ritenersi non ammissibile anche in considerazione della “pericolosità” economica che questo contratto presenta nei confronti della massa dei creditori.

La revocabilità degli atti di disposizione del marchio posto in essere dall’imprenditore fallito prima del fallimento pone all’attenzione della dottrina il problema stesso della revocatoria che si vuole studiare alla luce della teoria dell’informazione prospettata dalla dottrina in tempi recenti. Pertanto l’analisi prosegue ora illustrando brevemente la revocatoria nella teoria dell’informazione per fare poi concreta applicazione alla teoria dell’impresa in crisi<sup>117</sup> .

---

<sup>116</sup> Sull’argomento v. L.GUGLIELMUCCI (ZANARONE, DI CHIO, MANGINI; TEDESCHI, Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti, Zanichelli, 1979

<sup>117</sup> E.BOCCHINI

In breve proprio nel periodo anteriore al fallimento il pericolo di asimmetria informativa è maggiore in quanto la crisi dell'impresa porta con sé la rarefazione dell'informazione.

Quando le informazioni non funzionano il mercato fallisce.

Il problema si pone perché nel momento in cui l'impresa in crisi decide di alienare il suo marchio, non sempre l'acquirente si trova nella situazione migliore della conoscenza della crisi d'impresa, essendo l'atto di disposizione del marchio dotato di una sostanziale opacità potendo l'imprenditore vendere per una serie di ragioni tra cui non soltanto per crisi aziendale.

Ma procediamo con ordine, come si è detto, partendo dall'inquadramento della revocatoria.

La revocatoria è il mezzo tecnico-giuridico attraverso cui si attua il recupero di attività al patrimonio del fallito, la cui finalità è appunto quella di ricostruire il patrimonio

dell'imprenditore fallito, rendendo inefficaci tutti gli atti compiuti dallo stesso in pregiudizio ai creditori.

A differenza della revocatoria ordinaria, la revocatoria fallimentare è preordinata alla salvaguardia della "par condicio creditorum" e si fonda sul presupposto che il patrimonio del debitore è destinato a soddisfare alla pari tutti i creditori. Essa è perciò, diretta alla tutela non del singolo, ma di tutta la massa dei creditori e come tale può essere promossa solo dal curatore fallimentare.

A fronte sia della teoria c.d. idennitaria della revocatoria fallimentare, che individua la ratio dell'istituto nel danno dei creditori, sia della teoria c.d. antindennitaria, che individua tale ratio nella solidarietà, l'autore costruisce una teoria dell'informazione che individua la ratio dell'istituto solo ed esclusivamente nella informazione del terzo che è parte o destinatario dell'atto giuridico soggetto a revocatoria

fallimentare (conoscenza dello stato di insolvenza nel linguaggio del legislatore).

Sul piano strutturale, la revocatoria può essere considerata o come atto di natura processuale, che anticipa gli effetti della esecuzione concorsuale, o come atto di natura sostanziale, discutendosi, poi se l'atto soggetto a revocatoria sia invalido o inefficace (inopponibile) e, comunque atto illecito.

Sul piano funzionale all'opinione cosiddetta indennitaria, che ravvisa la funzione della revocatoria nella caducazione di atti pregiudizievoli ai creditori, si contrappone l'opinione antindennitaria, che ravvisa la funzione revocatoria nella redistribuzione della perdita derivante dall'insolvenza non soltanto tra i creditori del debitore al momento della dichiarazione del fallimento, ma anche tra tutti coloro che hanno contrattato con l'imprenditore in un periodo prossimo alla dichiarazione di fallimento, in forza di un principio di solidarietà.



La teoria c.d. processualistica<sup>118</sup> ha sempre sostenuto fin dagli anni '30 che la revocatoria non sia altro che una anticipazione del primo effetto dell'azione esecutiva.

All'opinione dominante si è, però, replicato<sup>119</sup> che il dato normativo non consente di attribuire alcun rilievo al pregiudizio dei creditori nella revocatoria fallimentare.

Gli art. 64-71 l.fall. non indicano mai, salvo che nella rubrica della Sezione terza, l'espressione "pregiudizio" dei creditori<sup>120</sup>.

Il merito di questa teoria antindennitaria, che si contrappone all'opinione prevalente è però, limitato.

---

<sup>118</sup> FERRARA – BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995, pag. 417;  
CORSI, *La revocatoria ordinaria nel fallimento*, pag. 132; Tribunale Catania 9/3/1973;  
*contra* PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, 1974, II, pag. 1151.

<sup>119</sup> F. D'ALESSANDRO, *La revoca dei pagamenti nel fallimento*, Milano, 1972, pag. 153 ss.;  
A. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Milano, 1970, pag. 121 ss.; Id., *La "funzione" della revocatoria*, in *Giur. comm.*, 1976, I, pag. 362

<sup>120</sup> Nella rubrica ricordata l'espressione "pregiudizio" compare non già come un sostantivo, ma come aggettivo dall'espressione "atto" (atti pregiudizievole).

Il pregio della teoria sta nella parte *destruens*: la teoria si libera, infatti, di un presupposto dell'azione (il danno) che nella legge fallimentare non c'è<sup>121</sup>.

Il limite della teoria sta nella parte costruttiva, lì dove la teoria, che vuole essere fondata sullo stretto diritto positivo, conclude che se il fondamento della revocatoria fallimentare non è nel pregiudizio dei creditori, sta nella “*redistribuzione della perdita derivata dall'insolvenza tra tutti coloro che hanno contrattato con un imprenditore, nel periodo prossimo alla dichiarazione del fallimento*”. Quindi il fondamento sta in un fine di solidarietà; avvalorato dalla giurisprudenza della Corte Suprema con la nota sentenza n.7028 del 28 marzo 2006.

La funzione ridistributiva del danno , del pregiudizio, dell'insolvenza è a valle dell'insolvenza stessa, non essendo

---

<sup>121</sup> F. BRICOLA - F. GALGANO (curr.), *Legge fallimentare, artt. 64-71*, in A. Scialoja - G. Branca, *Commentario*, vol. I, Bologna - Roma, 1993

possibile redistribuire tra più soggetti un pregiudizio, se il pregiudizio per questa teoria non è presupposto dell'istituto. Questa tesi, dunque, risulta complementare all'opinione prevalente, in quanto la solidarietà presuppone la redistribuzione di una perdita; inoltre la tesi, secondo la quale scopo della revocatoria fallimentare è redistribuire la perdita derivante dall'insolvenza tra più soggetti, ha un senso quando essa viene applicata ai pagamenti effettuati del debitore, poi fallito, ad alcuni soltanto dei creditori o quando l'atto è a titolo gratuito, ma non ha alcun fondamento quando il terzo è chiamato "in solidarietà" per il fatto di aver contrattato con un imprenditore nel periodo sospetto, perchè non si comprende, in questa tesi, quale sia il fondamento della solidarietà, posto che il terzo non è, al momento dell'atto, creditore e, per ragioni di solidarietà, dovrebbe subire un pregiudizio nuovo, divenendo creditore, per effetto della

revocatoria, con seria e concreta possibilità di subire la falcidia fallimentare del proprio credito<sup>122</sup>.

In conclusione la tesi non funziona proprio nei casi nei quali dovrebbe funzionare e , cioè, nei casi nei quali la redistribuzione ha ad oggetto non il pregiudizio dei creditori, ma l'insolvenza, perchè ciò che la dottrina chiama solidarietà accollata ai contraenti è, per i creditori pregressi del fallimento, un arricchimento(dell'attivo ) da distribuire.

La teoria indennitaria ha il merito di aver osservato che la ricerca del fondamento di un istituto può essere influenzata dal “punto di vista” di osservazione dell'istituto da parte dell'interprete.

E, invero, se per esempio la revocatoria fallimentare è osservata dal punto di vista dei creditori del fallimento, viene, in primo piano, l'elemento eventuale del pregiudizio o

---

<sup>122</sup> S. BONFATTI, *La riforma della disciplina della revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006.

del danno che il creditore riceve per effetto dell'atto di disposizione preso in considerazione.

Ma se si cambia, dice questa dottrina, il punto di osservazione, la conclusione può mutare; se la revocatoria viene analizzata nella prospettiva del debitore che stipula l'atto soggetto a revocatoria e nella prospettiva del debitore che stipula l'atto soggetto a revocatoria e nella prospettiva dei terzi che sono controparti dell'atto, le conclusioni cambiano, nel senso che i terzi sono chiamati ad un obbligo di solidarietà nei confronti dei soggetti che sono già creditori al momento della dichiarazione di fallimento.

Tuttavia la solidarietà dei terzi verso i creditori, con redistribuzione non del pregiudizio dell'atto ma addirittura dell'insolvenza ha bisogno di un solido fondamento di diritto positivo, che nell'art.67 l.fall. non c'è.

Tuttavia il legislatore esclude l'azione revocatoria in tutti quei casi nei quali lo stato di insolvenza non sia conosciuto

dall'altra parte dell'atto soggetto a revocatoria e cioè, non sia raggiunta la prova di tale conoscenza.

La conoscenza dello stato di insolvenza viene presentato dalla dottrina come il presupposto soggettivo dell'azione, ma sta di fatto che tutto il dibattito dottrinario si è poi, incentrato sul presupposto oggettivo nell'azione.

Analizzando dettagliatamente la norma risulta che il legislatore parte dalla prospettiva del mercato, inteso come sistema di informazioni, e quindi, il legislatore chiede la conoscenza dello stato di insolvenza nel terzo contraente.

## **2.5 GLI EFFETTI DEL FALLIMENTO SUL CONTRATTO DI LICENZA DEL MARCHIO**

Esaurito l'esame degli atti di disposizione del marchio nella fase anteriore al fallimento, viene ora all'esame il contratto di licenza del marchio dell'imprenditore, poi, fallito.

Per contratto di licenza del marchio si intende comunemente il negozio con cui il titolare del marchio (concedente o licenziante) si obbliga, senza spogliarsi del diritto, a permettere all'altra parte (licenziatario) l'uso del marchio che la legge gli riserva in esclusiva, vale a dire l'apposizione del segno sul prodotto e la messa in commercio dei prodotti (fabbricati dallo stesso licenziatario) così contrassegnati<sup>123</sup>.

In base all'attuale disciplina normativa si possono enucleare in via del tutto generale, otto possibili tipologie di licenza del

---

<sup>123</sup> Fino al 1942 il contratto di licenza del marchio non aveva una propria regolamentazione, anche se era ritenuto lecito dall'ordinamento assolutamente dominante della giurisprudenza. La validità veniva comunque subordinata al contestuale passaggio dell'azienda o di un suo ramo e poteva e doveva avvenire soltanto per l'uso del marchio a titolo esclusivo

marchio, legate alla combinazione delle variabili: esclusiva-  
non esclusiva, parziale per prodotti-totale per prodotti;  
parziale per territorio-totale per territorio.

Oltre ad aver svincolato il trasferimento del marchio dalle  
sorti dell'azienda (o di un ramo della stessa), la maggiore  
novità apportata è rappresentata dalla previsione della  
licenza del marchio senza esclusiva.

La legittimità di questa particolare situazione trova  
giustificazione nella particolare attenzione riservata dal  
legislatore alla tutela degli interessi del consumatore;  
attenzione che si concretizza attraverso la previsione di una  
serie di norme volte ad evitare che gli stessi vengano  
ingannanti, soprattutto sulle caratteristiche qualitative dei  
beni sui i quali il marchio è apposto , riferite vuoi all'uso in  
generale del segno distintivo vuoi espressamente alla  
fattispecie della circolazione dello stesso.



Considerato che è *communis opinio* che la legge fallimentare nella parte dedicata agli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti (art.72-83) sia quanto mai lacunosa e disomogenea, ovviamente tra le parti mancanti rientra anche il contratto di licenza del marchio; di qui il problema di verificare come il fallimento di uno dei partecipanti al contratto di licenza incida sul rapporto negoziale in corso. Nel vigore della previgente legge fallimentare - che si asteneva dal dettare una disciplina generale in materia di contratti pendenti, con conseguente necessità di applicare analogicamente le regole di cui agli artt. 72-83 l. fall., era opinione diffusa che gli effetti del fallimento sul contratto di licenza di marchio fossero disciplinati dall'art. 80 l. fall., benché questo facesse riferimento esclusivamente alla locazione di immobili <sup>124</sup>.

---

<sup>124</sup> FORMIGGINI, (nt. 1), 1116; STASI, *Sorte dei contratti di licenza del marchio nel fallimento*, in *Fallimento*, 1995, 897; SPOLIDORO, (nt. 1), 621.

Conseguentemente, il fallimento del licenziante comportava il subingresso automatico del curatore nel contratto, a meno che - come accadeva di frequente - il regolamento negoziale non contenesse una clausola di scioglimento automatico.

All'opposto, la sottoposizione del licenziatario a procedura concorsuale determinava la facoltà per il curatore di optare, alternativamente, per lo scioglimento (con conseguente onere di corrispondere un giusto compenso a fronte del recesso anticipato) o per la prosecuzione del rapporto, "razionalmente giustificabile non solo con riferimento all'ipotesi dell'esercizio provvisorio, ma anche nella prospettiva di una vendita dell'azienda del fallito, o del suo affitto" <sup>125</sup>.

Non erano mancate, tuttavia, voci "fuori dal coro", essendosi sostenuta, in particolare, la tesi dello scioglimento *ope legis* del contratto qualsiasi fosse la parte dichiarata fallita <sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> SPOLIDORO, (nt. 1), 623

<sup>126</sup> VATTERMOLI, (nt. 1), 144.

Le coordinate normative risultano tuttavia profondamente mutate a seguito delle recenti riformi delle procedure concorsuali.

Sebbene anche la nuova legge fallimentare si astenga dal dettare una norma *ad hoc* con riferimento alla licenza di marchio, nondimeno sono state cancellate le ragioni che in passato inducevano a fare ricorso al ragionamento analogico, difettando oggi l'indispensabile requisito della lacuna normativa.

Ed invero, il d. lgs. n. 5/2006, nel novellare l'art. 72 l. fall., ha dettato una regola generale, applicabile a tutti i contratti non espressamente contemplati dagli artt. 72-bis 83-bis l. fall., tra i quali, appunto, quello di licenza di marchio <sup>127</sup>.

---

<sup>127</sup> CAGNASSO, *I contratti pendenti*, in *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma "organica" al decreto "correttivo"*, a cura di Ambrosini, Bologna, Zanichelli, 2008, 116, ove l'osservazione che "la riforma della legge fallimentare ha profondamente innovato rispetto alla disciplina anteriore relativa ai contratti pendenti, trasformando espressamente il "sistema" da "aperto" in "chiuso", nel senso che la regola della sostituzione facoltativa ha oggi assunto carattere di principio, mentre quelle della

In quest'ottica, intervenuto il fallimento , il negozio resta immancabilmente sospeso, fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare in luogo del fallito ovvero di sciogliersi dal rapporto. È peraltro facoltà del contraente *in bonis* mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni per l'esercizio della propria facoltà di scelta, dopo di che, in assenza di comunicazione, il vincolo viene meno.

La riforma ha inoltre eliminato la possibilità di pattuire la risoluzione automatica del contratto per l'ipotesi di fallimento di una delle parti, posto che clausole di siffatto tenore risultano oggi inefficaci *ex art. 72, 1. fall.*

---

sostituzione o della continuazione automatica hanno carattere eccezionale". In argomento cfr., *amplius*, JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, in AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, (nt. 23), 469 ss.

Infine, posto che quello di licenza di marchio è un rapporto di durata, trova altresì applicazione l'art. 74 l. fall.<sup>128</sup>, originariamente riferito alla sola somministrazione ed oggi, a seguito delle modifiche apportate dal d. lgs. n. 169/2007, relativo - come si legge nella Relazione governativa - "a tutti i contratti ad esecuzione continuata o periodica". Ne deriva che, qualora il curatore del fallimento del licenziatario opti per il subingresso, la procedura sarà tenuta a pagare per intero al licenziante le *royalties* scadute in epoca antecedente all'apertura della procedura fallimentare (oltre ovviamente a quelle maturate in corso di procedura).

---

<sup>128</sup>CAGNASSO, *I contratti pendenti*, in *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma "organica" al decreto "correttivo"*, a cura di Ambrosini, Bologna, Zanichelli, 2008, 116,

### Capitolo III

La concorrenza sleale per confusione a danno dell'impresa  
fallita come fattore di asimmetria informativa.

*Sommario: 3.1 Programma d'indagine.3.2 Lo Statuto informativo dell'offerta a tutela della concorrenza e del mercato.3.3 Profili generali della concorrenza per confusione.3.4 Il problema della legittimazione del curatore all'esercizio dell'azione della concorrenza sleale.*

### **3.1. Programma d'indagine**

Nel primo capitolo abbiamo esaminato i problemi connessi all'asimmetria informativa del mercato in relazione all'informazione dello stato d'insolvenza.

Nel secondo capitolo il problema dell'informazione è stato studiato, sempre in correlazione alla fase della crisi d'impresa, con riguardo agli atti di disposizione dei marchi che l'imprenditore in stato di insolvenza spesso pone in essere a danno dei creditori tenuto conto che il marchio è, per definizione un segno distintivo che rappresenta il principale connettore di clientela perchè il segno distintivo informa il mercato in ordine al servizio o al prodotto oggetto dell'offerta.

Nel terzo capitolo esaminerò, ora, i problemi di simmetria e asimmetria informativa che si pongono nella fase di crisi dell'impresa in relazione alla concorrenza sleale per confusione posta in essere o dall'imprenditore in crisi a danno delle altre imprese del mercato o dalle imprese del mercato a danno dell'impresa in crisi.

Per il diritto delle imprese in crisi questi due illeciti hanno conseguenze giuridiche opposte perchè in un caso è il curatore fallimentare che potrà, ove ricorrano i presupposti oggettivi e soggettivi, esercitare l'azione di risarcimento danno nei confronti delle imprese concorrenti sleali; mentre nell'altro caso, potranno essere gli imprenditori a proporre azione di concorrenza sleale nei confronti dell'imprenditore fallito, il quale abbia posto prima del fallimento atti di concorrenza sleale per salvarsi dalla dichiarazione di fallimento.



Sta di fatto che in entrambi i casi, gli atti di concorrenza sleale per confusione si presentano con caratteristiche sostanzialmente analoghe, perchè sul piano giuridico gli atti confusori sono atti che in ogni caso producono asimmetrie informative a danno degli agenti, siano essi consumatori, siano essi concorrenti del mercato.

Naturalmente anche gli atti di concorrenza sleale per denigrazione o vanteria e gli atti difformi alla correttezza professionale pongono problemi analoghi poichè gli atti di concorrenza sleale in ultima analisi incidono sul potere di decisione degli agenti di mercato alterando la libertà di autodeterminazione negoziale.

Ma, poichè tra gli atti di concorrenza sleale sono, gli atti confusori a mostrare con maggiore evidenza asimmetrie informative soffermerò l'attenzione su questa categoria di atti di concorrenza sleale.

### **3.2 Lo statuto informativo dell'offerta a tutela della concorrenza e del mercato.**

Venendo quindi all'esame degli atti di concorrenza sleale per confusione la mia analisi tende a rivisitare dottrina e giurisprudenza che si sono formate su questo tema alla luce della teoria dell'informazione.

Dal nostro punto di vista la concorrenza sleale per confusione, va innanzitutto inquadrata nell'ambito dello statuto informativo che la dottrina ha costruito a tutela della concorrenza e del mercato.

E' stato correttamente osservato che la scienza economica è attratta dalla effettiva analogia tra l'azione degli imprenditori sul mercato e il gioco del calcio, tanto da chiamare "teoria

dei giochi” quella che i giuristi, sostanzialmente, chiamano “teoria dell’impresa”.

Le regole che il diritto pone all’imprenditore per entrare nel mercato sono semplici; come in una partita di calcio, l’imprenditore deve : registrarsi con l’arbitro appena scende in campo, comunicare il nome del proprio procuratore, dare conto del proprio gioco trasparente e senza doping ed infine vincere in modo leale.

Poiché il terreno di gioco è il mercato, vale a dire un sistema di informazioni decentrate e spontanee, per giocare nel sistema informativo-mercato, le regole da rispettare non possono non essere le seguenti regole imperative a contenuto informativo:

- a) l’obbligo degli agenti di registrarsi per informare il mercato in ordine alla propria identità;
- b) l’obbligo di indicare il rappresentante che possa rappresentare l’imprenditore;

- c) l'obbligo di rendere conto del proprio gioco nel mercato (v. la disciplina della contabilità d'impresa e del bilancio come sistema di informazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa offerente);
- d) l'obbligo di competere lealmente con gli altri giocatori
- e) l'obbligo di uscire dal mercato, per rispettare le regole di una economia di mercato, fondata sul credito.

Tutti questi istituti compongono nel loro insieme “lo statuto informativo dell'offerta”; come lo statuto informativo della domanda, così anche lo statuto informativo dell'offerta, non ha mai valore finale, ma solo strumentale, perchè anche l'offerta più trasparente non è detto che non sia vessatoria o dannosa per il consumatore e, per questa ragione il legislatore, nei casi nei quali l'informazione preventiva non funziona, perchè il consumatore, pure informato, potrebbe per diversi ragioni (per es. disoccupazione, estrema

debolezza economica o suggestione ecc.), accettare un contratto vessatorio, interviene per prevedere talora l'invalidità del contratto o della singola clausola contrattuale, talora l'inserzione automatica, nel contratto di clausole legittime in sostituzione di quelle illegittime.

L'autore<sup>129</sup>, tuttavia sostiene che la tutela informativa, però, è di rango superiore, perchè essa è di natura preventiva: il consumatore, invero debitamente informato, di regola, si astiene dall'accettare un contratto vessatorio e/o dannoso.

L'invalidazione successiva del contratto e/o l'obbligo del risarcimento danni, invece, presuppone la lesione del diritto e, molto spesso, non raggiunge risultati pratici apprezzabili ( si pensi al fallimento dell'imprenditore, alla latitanza o incapacienza del patrimonio vera o procurata ecc.; si pensi , inoltre, ai tempi necessari per ottenere giustizia, all'importo

---

<sup>129</sup>. E.BOCCHINI, *Il diritto commerciale nella società d'informazione*, Vol.1, 2011 CEDAM ,pag.151-152

delle spese legali che scoraggia il consumatore che pura lamenta un danno ecc.).

La tutela c.d repressiva, in breve rappresenta un rimedio spesso meno efficace, perchè arriva “*a babbo morto*”, quando cioè, il danno si è già prodotto e la reintegra del diritto leso è praticamente molto difficile, se non impossibile.

### **3.3 Profili generali della concorrenza per confusione.**

Una volta inquadrata la concorrenza sleale nello statuto informativo dell'impresa viene all'esame, ancorchè sommario, la disciplina normativa nel suo contesto.

Tale esame ci consentirà di analizzare l'azione di concorrenza sleale del curatore, quando, come si è detto, la concorrenza sleale posta in essere da terzi imprenditori a danno dell'impresa poi fallita, talora proprio a causa della concorrenza illecita altrui.

L'art.2598 n.1 del codice civile disciplina le diverse forme di realizzazione dell'illecito di concorrenza sleale confusoria,

(riguardo all'imitazione servile, costante giurisprudenza afferma che non ogni riproduzione del prodotto altrui è qualificabile illecita, bensì solo la non necessitata imitazione servile confusoria) nello specifico tre fattispecie<sup>130</sup>:

- al primo comma troviamo gli atti che vengono qualificati come atti di concorrenza sleale per confondibilità. Si tratta di quegli atti in cui la non conformità alla correttezza professionale dipende dal fatto che un'impresa sfrutta l'affermazione sul mercato di altra impresa concorrente.

Esso è integrato dalla condotta dell'imprenditore che indirizza al pubblico dei potenziali acquirenti un messaggio idoneo a generare il falso convincimento che i suoi prodotti e/o le sue attività siano riconducibili ad un imprenditore concorrente.

Si ritiene, infatti, che *condicio sine qua non* di qualsiasi illecito concorrenziale *ex* articolo 2598 n. 1 Codice Civile sia

---

<sup>130</sup>. Cassazione civile, 22.10.2003, n. 15761, in *Giustizia Civile. Massimario annotato della Cassazione*, 2003, fascicolo 10.

una concreta potenzialità confusoria, sussistente allorché sono riprodotte una o più delle connotazioni specifiche, ovvero "segni distintivi" da cui dipende l'identificabilità nell'ambito delle entità dello stesso genere presenti sul mercato<sup>131</sup> (nell'ipotesi dell'imitazione servile sono segni distintivi la forma esteriore del prodotto e la confezione)<sup>132</sup>.

- al secondo comma vengono presi in considerazione gli atti di concorrenza sleale per denigrazione o per vanteria.

Un esempio è quello della "reclame menzognera" che si realizza quando si attribuiscono ai propri prodotti qualità che essi non hanno per farli preferire a quelli della concorrenza;

- al terzo comma sono compresi tutti quegli atti diversi da quelli previsti ai nn. 1 e 2 della norma, che siano giudicati *scorretti* dal ceto commerciale (es.: boicottaggio dell'impresa, appropriazione dei registri di fabbrica etc.).

---

<sup>131</sup> Cassazione civile, sezione I, 27.2.2004, n. 3967, in *Rivista di diritto industriale*, 2005, II, pag. 3, nota ESPOSITO

<sup>132</sup> Limiti all'applicabilità della concorrenza sleale confusoria e dell'imitazione servile in particolare, di A. Toboga, 2006



In relazione agli atti di concorrenza sleale l'art. 14 del d.lgs. 19-3-1996, n. 198 (inserendo l'art. 6bis al r.d. 1127/39) e l'art. 31 dello stesso decreto hanno così disposto <sup>133</sup>:  
costituisce atto di concorrenza sleale la rivelazione a terzi oppure l'acquisizione o utilizzazione da parte di terzi in modo contrario alla correttezza professionale di informazioni aziendali ivi comprese le informazioni commerciali soggette al legittimo controllo di un concorrente ove tali informazioni:  
a) siano segrete, nel senso che non siano nel loro insieme, o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi, generalmente note o facilmente accessibili agli esperti e agli operatori del settore;  
b) abbiano valore economico in quanto segrete;  
c) siano sottoposte, da parte delle persona al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete.

---

<sup>133</sup> «Art. 14. -- 1. Dopo l'art. 6 del r.d. 1127/39 è aggiunto il seguente art. 6bis:  
Art. 6bis. -- 1. Fermo il disposto dell'art. 2598, n. 3 c.c.,

Tuttavia ci sono dei limiti di applicabilità all'art.2598 n.1; infatti la giurisprudenza afferma che “[...] *l’imitazione rilevante ai fini della concorrenza sleale per confondibilità non si identifica con la riproduzione di qualsiasi forma del prodotto altrui, ma solo con quella che cade sulle caratteristiche esteriori dotate di efficacia individualizzante e cioè idonee, proprio in virtù della loro capacità distintiva, a ricollegare il prodotto ad una determinata impresa*”<sup>134</sup>.

Con riferimento all’imitazione servile si sottolinea che la forma tutelabile è quella non banale o standardizzata, tale da rendere il prodotto riconoscibile.

La Cassazione ha precisato che la forma brevettata non è aprioristicamente equiparabile alla forma dotata di efficacia individualizzante, sicché l’azione di concorrenza sleale si

---

<sup>134</sup> Cassazione civile, sezione I, 27.2.2004, n. 3967, in *Rivista di diritto industriale*, 2005, II, pag. 3, nota ESPOSITO

pone come autonoma rispetto all'azione di contraffazione <sup>135</sup>.

Quest'ultima ha natura reale e protegge il diritto all'uso, allo sfruttamento economico in via esclusiva di un prodotto.

Diversamente, l'azione *ex* articolo 2598 n. 1 c.c. è finalizzata a contemperare l'interesse della collettività alla libera appropriabilità delle idee con l'interesse dell'imprenditore ad evitare lo sviamento della clientela e con l'interesse pubblico alla trasparenza del mercato.

Precisamente, l'azione di contraffazione tutela la forma in sé, a prescindere dal pericolo di confondibilità tra il prodotto imitato ed il prodotto concorrente, l'illecito brevettuale realizzandosi ancorché la forma riprodotta sia accompagnata da segni o elementi idonei a rendere distinguibile la diversa fonte produttiva <sup>136</sup>.

---

<sup>135</sup> Cassazione civile, 10.9.2002, n. 13168, in *Rivista di diritto industriale*, 2004, II, pag. 71

<sup>136</sup> Cassazione civile, 5.6.2003, n. 8984, in *Giustizia Civile. Massimario annotato della Cassazione*, 2003, fascicolo 6.

Per converso, l'azione di concorrenza sleale per imitazione servile non vieta indistintamente la riproduzione di tutti gli elementi del prodotto altrui, proteggendo solo la forma a carattere individualizzante, idonea ad individuare la provenienza da una determinata impresa<sup>137</sup>.

Secondo la dottrina<sup>138</sup> qualora si applicasse l'articolo 2598 n. 1 Codice Civile prescindendo dall'accertamento del carattere individualizzante, si riconoscerebbe una tutela equivalente alla brevettuale in difetto delle condizioni e dei limiti temporali connotanti quest'ultima. Procedendo da analoghe considerazioni, un indirizzo giurisprudenziale esclude il concorso e la cumulabilità della tutela brevettuale e della tutela concorsuale di elementi formali o ornamentali suscettibili di brevettabilità.

---

<sup>137</sup> Corte d'Appello Milano, 28.10.2003, in *Rivista di diritto industriale*, 2004, II, pag. 14

<sup>138</sup> BONELLI, Commento a Tribunale Milano, 11.10.2001, in *Il diritto industriale*, 2002, pag. 283

Di conseguenza, si ritiene che l'azione di concorrenza sleale per imitazione servile sia invocabile solo a difesa delle forme dotate di capacità distintiva e, contemporaneamente, sfornite di particolari pregi di utilità o di estetica<sup>139</sup>.

Diversamente, non solo verrebbe attribuito all'imprenditore un monopolio potenzialmente perpetuo, ma altresì sarebbe resa inappetibile e superflua la tutela brevettuale.

Costituisce un punto fermo in materia di concorrenza per confondibilità il principio secondo cui, per essere tutelabile, il segno distintivo deve presentare il requisito della novità, differenziandosi dai segni distintivi anteriormente usati da altri per prodotti o attività dello stesso genere.

Ciò discende dalla *ratio* dell'articolo 2598 n.1 Codice Civile: se si tutelasse chi è entrato nel mercato con un segno distintivo fonte di confusione rispetto ad un altrui segno distintivo anteriore, si contraddirebbe uno dei fondamenti

---

<sup>139</sup> Cassazione civile, 20.1.1992, n. 661, in *Giurisprudenza annotata di diritto industriale*, 1992, pag. 41

della disciplina in esame, volta all'esclusione dal mercato di qualsiasi elemento confusorio<sup>140</sup>.

Pertanto il requisito della novità è necessario per i segni non registrati, così come per i marchi registrati.

Riguardo all'imitazione servile, si ritiene incombente sull'attore l'onere di provare la priorità della forma e sul convenuto quello di provare la mancanza di novità<sup>141</sup>.

Il requisito della novità esclude la tutela di forme che al momento dell'adozione siano simili a quelle altrui.

La concorrenza sleale confusoria non è integrata se, malgrado l'imitazione di altrui elementi distintivi, la confusione è impossibile per la presenza nel prodotto imitante di "elementi di differenziazione"<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *Manuale*, cit., p. 43; UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, Cedam, 2004, p.1749

<sup>141</sup> Tribunale Reggio Emilia, 9.5.1998, in *Giurisprudenza annotata di diritto industriale*, 1999, pag. 444.

<sup>142</sup> riguardo all'imitazione servile, A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *Manuale*, cit., p. 56 ritengono che il problema della liceità di un'imitazione anche pedissequa della forma del prodotto altrui, ma

Tra questi, parte della giurisprudenza<sup>143</sup> annovera il marchio dell'imitatore, stimando che la sua vistosa apposizione sia sufficiente ad evitare la confondibilità con i prodotti imitati ,si esclude la capacità individualizzante e distintiva dell'applicazione di un marchio in posizione marginale e poco visibile<sup>144</sup> .

Si ritengono altresì idonei ad eludere il pericolo di confusione strumenti quali la presentazione e l'imballaggio del prodotto<sup>145</sup> .

---

accompagnata da elementi di differenziazione percepibili dal pubblico, sia da risolvere caso per caso, verificando in concreto se il segno aggiunto escluda la possibilità di confusione.

<sup>143</sup> Cassazione civile, 3.8.1987, n. 6682, in *Giurisprudenza italiana*, 1988, I, 1, pag. 591

<sup>144</sup> Tribunale Napoli, 17.7.2003, in *Giurisprudenza napoletana*, 2003, pag. 353.

<sup>145</sup> secondo la Cassazione [Cassazione civile, sezione I, 3.8.1987, n. 6682] la “*esigenza della non confondibilità tra due prodotti provenienti da distinte fonti produttive [...] trova soddisfazione in [...] strumenti, quali [...] la presentazione del prodotto, ove possibile con contenitori o imballaggi distintivi ovvero con la precisa indicazione che il prodotto è fabbricato da un diverso imprenditore*”..

Ciò appare come il corollario del riconoscimento di capacità identificativa e, conseguentemente, di meritevolezza di tutela, ad elementi quali il *packaging*, nonché il colore e le dimensioni degli espositori<sup>146</sup>.

Dottrina e giurisprudenza affermano la necessità di limiti alla libertà di convincimento del giudice in sede di formulazione del giudizio probabilistico sulla confondibilità, sottolineando come esso debba conservare natura oggettiva ed essere ancorato alle circostanze del caso.

In tal senso si comprende l'orientamento per il quale il giudizio di confondibilità si compone di un momento analitico, in cui sono individuati gli elementi di somiglianza o di diversità dei segni distintivi, e di uno sintetico, in cui se ne valuta il rispettivo peso.

---

<sup>146</sup> Tribunale Milano, 3.5.1984, in *Giurisprudenza italiana*, 1985, I, 2, pag. 262



Sebbene analisi e sintesi non siano alternative, la seconda seguendo e completando la prima<sup>147</sup>, solo l'analisi rende possibile un controllo razionale ed argina la “*indeterminatezza connaturata ad un giudizio d'impressione*”<sup>148</sup>, sì da assolvere l'onere di motivazione della sentenza e giustificare l'opinione secondo cui il giudizio di confondibilità si sottrae, come giudizio fattuale, al sindacato di legittimità<sup>149</sup>

---

<sup>147</sup> Tribunale Roma, 20.5.1980, in *Giurisprudenza annotata di diritto industriale*, 1980, pag. 445 secondo cui “*esame analitico ed esame sintetico costituiscono i due momenti necessari del giudizio di confondibilità in cui il principio dell'esame sintetico merita il ruolo di elemento di chiusura della valutazione*”

<sup>148</sup> A. DI STEFANO, *Imitazione servile: brevi note sul giudizio di confondibilità fra prodotti*, nota a Cassazione civile, 21.11.1998, n. 11795, sezione I, in *Rivista di diritto industriale*, 2000, 2, pag.102 (nota 11)

<sup>149</sup> UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, cit., pag. 1750.

### **3.4 Il problema della legittimazione del curatore all'esercizio dell'azione della concorrenza sleale.**

In relazione alle azioni esperibili in caso di concorrenza sleale per confusione la dottrina non ha esaminato il problema se il curatore possa esercitare accanto all'azione risarcimento danno anche l'azione di concorrenza sleale per confusione a tutela dell'imprenditore fallito.

---

Infatti la crisi aziendale quando è seguita dal fallimento può moltiplicare i casi di concorrenza sleale per confusione posti in essere dagli imprenditori concorrenti.

In questi casi occorre distinguere a secondo se sia stato autorizzato l'esercizio provvisorio dell'impresa in caso di fallimento.

Per quanto attiene all'azione di concorrenza sleale si può quando è autorizzato l'esercizio provvisorio dell'impresa<sup>150</sup>.

---

<sup>150</sup> Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, 2000, sub. art. 80.

Se manca l'esercizio provvisorio è dubbio che il curatore abbia legittimazione attiva all'esercizio di risarcimento danni.

La mia opinione è che questa legittimazione potrebbe sussistere perchè esiste un danno di asimmetria informativa a danno dell'impresa fallita anche se l'imprenditore non esercita più l'attività d'impresa, è doveroso tutelare il patrimonio dell'impresa a tutela dei creditori per realizzare il massimo dalla vendita dell'attivo<sup>151</sup>.

---

<sup>151</sup> *Nuove regole per la crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, 2000, pagg. 5 ss.

Il problema si pone perchè l'imprenditore potrebbe tornare in bonis oppure optare per un concordato fallimentare e il fallimento non comporta estinzione della società fallita.

Viceversa più difficile nella pratica è l'esercizio dell'azione di concorrenza sleale per confusione dell'imprenditore a danno delle altre imprese, poi dichiarato fallito perchè il fallimento stesso pone quell'imprenditore colpevole di

---

concorrenza sleale fuori dal mercato e pertanto agli imprenditori concorrenti potrebbe tornare la massima “ *A nemico che fugge pronti oro*” e tuttavia almeno in teoria il problema potrebbe porsi se il curatore chiede l’esercizio provvisorio dell’impresa e pertanto mantiene una clientela acquista illecitamente prima del fallimento e forse a voler andare fino in fondo se il curatore vende l’azienda potrebbe vendere anche un’avviamento conseguito illecitamente dall’imprenditore poi fallito, attraverso atti di concorrenza sleale per confusione.

## BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Il segreto nella realtà giuridica italiana: Atti del Convegno Nazionale. Roma, 26-28 ottobre 1981*, Cedam, Padova, 1982, pp. 25 e ss.

AA. VV., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*. Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 10 e ss.;

AA.VV., *Problemi attuali dell'impresa in crisi*. Studi in onore di G. FERRI, Padova, 1983, da p.215, p236 ss.,

AMADUZZI, *L'azienda nel suo sistema e nell'ordine delle sue rilevazioni*, in Trattato della ragioneria, diretto da Amaduzzi, I Torino, 1970.,

AMATUCCI A., *Temporanea difficoltà e insolvenza*, Napoli, 1979, p.37 s., 64 ss., 119 s. e 130 ss.;

AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 207.;

AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Trattato di diritto commerciale, XI, 1 , diretto da Cottino, Padova, CEDAM, 2008, 104.;

AMBROSINI S.-CAVALLI-JORIO, *Il fallimento*, in Trattato di diritto commerciale, XI, 2, diretto da Cottino, Padova, Cedam, 2008, 414 ss.;

ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Giuffrè, 1990;

- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, II, Milano, 2008;
- ANTONIONI, *La bancarotta fraudolenta semplice*, Napoli, 1962;
- ANTOLISEI *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, II, *I reati fallimentari*, Milano 1998.;
- ANTONIONI, *La bancarotta semplice*, Napoli 1962;
- ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Lezioni di diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 1960, 227 e 357 ss.;
- ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, Giuffrè, 1959, 203.;
- AULETTA-MANGINI, *Del marchio. Del diritto d'autore sulle opere dell'ingegno*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna, 1977, 77 ss.
- AULETTA-MANGINI, PASTERIS, *Lezioni di diritto industriale*, Giappichelli, Torino, 1970, 98 s
- AUTIERI, *La disciplina della pubblicità*, in AUTIERI-FLORIDIA-MANGINI-OLIVIERI-RICOLFI-SPADA, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2009, 370 ss. ;
- AUTIERI, *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?* in GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali sleali. Attuazione ed impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Cedam, Padova, 2008, 1 ss.;
- BALATE E.-STUYCK J (a cura di), *Pratiques du commerce & information et protection du consommateur. Actes des journees*



*d'étudeorganisees les 19 et 20 novembre 1987 a Leuven., Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 125).;*

BARAZZETTA, *Sub articoli 216 ss. l. fall.*, in *Le leggi commentate. Le procedure concorsuali*, a cura di G.U. Tedeschi, Torino 1996;

BARKEY A.H., *The Financial Articulation of a Fiduciary Duty to Bondholders with Fiduciary Duties to Stockholders of the Corporation*, 20 Creighton L. Rev. 47 (1986).;

BARONDES R., *Fiduciary Duties of Officers and Directors of Distressed Corporations*, 7 Geo. Mason L. Rev. 45 (1998).;

BEVERIDGE N.P. JR., *Does a Corporation's Board of Directors Owe a Fiduciary Duty to its Creditors?*, 25 St. Mary's L. J. 589 (1994).;

BIANCONELLA, *La bancarotta fraudolenta*, R IT DPP 1958, 3;

BONELLI, *Del fallimento*, Milano 1939;

BONELLI, *Commento a Tribunale Milano, 11.10.2001*, in *Il diritto industriale*, 2002, pag. 283

BONELLI, *Ancora in tema di bancarotta fraudolenta*, CRIM., 1959, 239;

BONFATTI S., *La riforma della disciplina della revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006.

BONGIORNO *Interpretazioni giurisprudenziali dei reati fallimentari*, FALL 1994, 973;

BOCCHINI E., *Il bilancio delle imprese*, Napoli, 1979

BOCCHINI E., *Il bilancio delle società*, Padova, 2000

BOCCHINI E., *La società per azioni*, Napoli, 1983

BOCCHINI E., *Introduzione al diritto commerciale nella new economy*, Padova, 2002.;

BOCCHINI E., *Il diritto commerciale nella società d'informazione*, Vol.1, 2011.; BOCCHINI E., *In principio erano le informazioni*, in *Giur. comm.*, II, 2008, pp. 35 e ss.;

BOCCHINI E., *Sostituzione giuridica nell'attività*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, pp. 341 e ss.;

BRATTON W.W.JR., *The Interpretation of Contracts Governing Debt Relationships*, 5 *Cardozo L. Rev.* 371 (1984).;

BRATTON W.W.JR., *The Economics and Jurisprudence of Convertible Bonds*, 1984 *Wis. L. Rev.* 667.;

BRATTON W.W.JR. *Corporate Debt Relationships: Legal Theory in a Time of Restructuring*, 1989 *Duke L. J.* 92.;

BRUDNEY V., *Contract and Fiduciary Duties in Corporate Law*, 38 *Boston College L. Rev.* 595 (1997).;

CAGNASSO, *I contratti pendenti*, in *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma "organica" al decreto "correttivo"*, a cura di Ambrosini, Bologna, Zanichelli, 2008, 116.

CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Le società*, Torino, UTET, 2002, 527.;

CARABBA, *Reati fallimentari*, Firenze 1957;

CARMINATI, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l. e il divieto di concorrenza*, in *Società*, 2009, p.1143 ss.;

CARNELUTTI, *Recensione a Nuvoione: il Diritto penale del fallimento*, RD PROC 1956, I,;

CARRERI, *I reati di bancarotta*, Milano 1993;

CASAROLI, *sub articoli 216 ss. l. fall.*, in Maffei Alberti, *Commentario breve della legge fallimentare*, Milano 2000;

CASAROLI, *Reati commessi dal fallito*, in A.MAFFEI ALBERTI ( a cura di ), *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2000.

CASTAGNOLA A., *La nuova disciplina del fallimento negli Stati Uniti*, in *Giur. comm.*, 1987, I, p. 319 ss.;

CAVALLI G., *I presupposti del fallimento*, in S.AMBROSINI-G.CAVALLI-A JORIO, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottimo, Vol.XI, T.2 Padova, 2009, da p.17, p.139 e ss., testo e nota 385.

CLARK, *Corporate Law*, 77-78;

CESARINI F., *Alcune riflessioni sul significato attuale del capitale sociale e del valore nominale dell'azione nella prospettiva dell'investitore*, in Abbadessa P. - Rojo A., (a cura di), *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, Giuffrè, Milano, 1993;

CHIASSONI P., *Analisi economica del diritto e teorie economiche: un inventario di strumenti*, in G. ALPA (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, cit., pp. 489 e ss.;

CHIOLA C. *L'informazione nella costituzione*, Cedam, Padova, 1973, pp. 2 e ss.;

CORNELLI-FELLI *Efficiency of bankruptcy procedurs*, in Temi di discussione, Servizi Studi della Banca D'italia, n.245, p.22.;

CURSI M.F., *Res incorporales e modello proprietario nella tutela dell'informazione globale*, in A. C. AMATO

MANGIAMELI *Parola chiave: informazione*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 173;

COLOMBO G.E.-PORTALE G.B., *Trattato delle società per azioni*, Utet, Torino, 2004, p. 28 e ss.;

COOTER R., U. MATTEI, P. G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*. Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 10 e ss.;

COTTINO, *Diritto commerciale*, 1, *L'imprenditore*, Padova, Cedam, 2000, 187;

CROSS R., *Blackstone v. Benthan*, in *Law Quarterly review*, 1976, p. 516;

D'ALESSANDRO F., *La revoca dei pagamenti nel fallimento*, Milano, 1972, pag. 153 ss

DAVIES P., *Legal Capital in Private Companies in Great Britain*, in AG, 1998, p.346 ss., a p. 353.:

DEMSETZ H., *Information and efficiency: another viewpoint*, in *The Journal of law and economics*, 1969, p. 1;

DE NOVA G., *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, p. 706;

DE NOVA G.-INZITARI B. TREMONTI G.VISENTINI G. (a cura di), *Dalle res alle new properties*, F. Angeli editore, Milano, 1991;

DENOZZA F., *Norme efficienti - L'analisi economica delle regole giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 1 e ss.;

DENOZZA F., TOFFOLETTO A., *Contro l'utilizzazione dell'approccio economico nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2006, pp. 563 e ss.;

DE SENSI V. "Il concetto di insolvenza", in LUISS, archivio CERADI, febbraio 2002.

DI AMATO A., *Il segreto bancario*, Esi, Napoli, 1979, pp. 163 e ss.;

DI CATALDO, *Capacità distintiva ed estensione merceologica della tutela*, in *Il dir. ind.*, 2007, 27 ss., 30.;

DI STEFANO A., *Imitazione servile: brevi note sul giudizio di confondibilità fra prodotti*, nota a Cassazione civile, 21.11.1998, n. 11795, sezione I, in *Rivista di diritto industriale*, 2000, 2, pag.102 (nota 11).

DOGLIOTTI M., *L'integrità morale, onore e la riservatezza*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. RESCIGNO, I, 2, Utet, Torino, 1982 p. 154 e ss.;

ELLIS R.D., *Securitization Vehicles, Fiduciary Duties, and Bondholders' Rights*, 24 Iowa J. Corp. L. 295 (1999).:

ENRIQUES L.-MACEY J.R., *Creditors Versus Capital Formation: The case Against the European Leornell Law Review*, 2001, p.1165 ss; versione italiana in *Riv.soc.*2002, p.78 ss. Con il titolo *Raccolta di capitale di rischio e tutela dei*

*creditori: una critica radicale alle regole europee sul capitale sociale.*

FAZZINI M. , *Profili della tutela della funzione suggestiva del marchio nella nuova legge*, in Riv, Dir.ind.1995, II, p.141.

FERRAN, *Company Law and Corporate Finance*, cit. P.283-84,

FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 142.

FERRI G. , *Insolvenza e temporanea difficoltà*, Rivista di Diritto Commerciale, 1964, I, da p.445ss e 452 s.;

FORMIGGINI,*Il fallimento e i diritti sui beni immateriali*, in Riv. dir. civ., 1956, I, 1109 ss.;

FRANZONI L.A., *Introduzione all'economia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 141 e ss.;

FRIEDMAN D., *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 25 e ss.;

FROST C.W.,*Running the Asylum: Governance Problems in Bankruptcy Reorganizations*, 34 Ariz. L. Rev. 89 (1992);

FROST C.W.,*The Theory, Reality and Pragmatism of Corporate Governance in Bankruptcy Reorganizations*, 72 Am. Bankr. L. J. 103 (1998);

JELISAVCIC V.,*Comment, A Safe Harbor to Define the Limits of Directors' Fiduciary Duty to Creditors in the "Vicinity of Insolvency" Credit Lyonnais v. Pathe*, 18 J. Corp. L. 145 (1992);

HARTMANN R.F., *Situation Specific Fiduciary Duties for Corporate Directors: Enforceable Obligations or Toothless Ideals?*, 50 Wash. & Lee L. Rev. 1761 (1993).

KUBLER, *The Rules on Capital Under the Pressure of the Securities Markets*, cit., p.11.;

KENT P., *La ristrutturazione finanziaria nell'esperienza inglese: la proposta londinese*, in *Banca, impresa, società*, 1993, pag.196.;

GALGANO, *Direttive della capogruppo e abuso della direzione unitaria: responsabilità degli amministratori*, in *Fallimento*, 2000, 1096 ss.;

GAMBARO A., *L'analisi economica del diritto nel contesto della tradizione giuridica occidentale*, in ALPA (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 461-462;

GALLI C., *Funzione giuridica del marchio e ampiezza della tutela*, Milano, 1996, pp.136-140.;

GALLO P., *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2008 pp. 641 ss.;

GALLO P., *Introduzione al diritto comparato*, vol. III, *Analisi economica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 37; (però cfr. ZENO-ZENCOVICH, *Informazione (profili civilistici)*, in *Digesto disc. priv. sez. civ.*, 1993, p. 421);

GHIDINI, *I diritti di proprietà industriale nel fallimento*, *ivi*, 1974, I, 48 ss.;

GIULIANI-BALESTRINO, *L'influenza di Salvatore Satta sullo studio della bancarotta*, in *Annali della facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Genova*, Milano 1975;

GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 1999;

GRAZIANI A.-MINERVINI G.-BELVISO U. *Manuale di diritto commerciale*, 2007, Cedam, Padova, pp. 246 e ss.; G.V. VARALLO & J.A. FINKELSTEIN, *Fiduciary Obligations of Directors of the Financially Troubled Company*, 48 *Bus. Law.* 239 (1992);

GRISI G., *Gli obblighi di informazione*, in *Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo* S. MAZZAMUTO (a cura di), Giappichelli, Torino, 2002, p. 252;

GRISI G., *Oneri ed obblighi ed informazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, II, p. 252;

GUGLIELMUCCI, *La predisposizione e il vaglio del piano di risanamento*, in *Fall.*, 1999, pag.712.

GUGLIELMETTI, *Il fallimento come pretesa causa di estinzione del diritto al marchio*, in *Riv. dir. ind.*, 1962, II, 278;

GHIDINI, *La concorrenza sleale*, Torino, 2001, 36.

JAEGER, *I soggetti della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1971, I, 214.

GUYON Y., *La mise en Harmonie du Droit Français des Communautés Européennes sur le Capital Social*, in *semaine Juridique*, 1982, p.3067ss.



HARVEY D.M.W., *Bondholders' Rights and the Case for a Fiduciary Duty*, 65 St. John's L. Rev. 1023 (1991).;

IORIO, *Modelli europei e scelta tra sistemi a gestione giudiziaria o amministrativa*, in Fall, 1998, pag 951.;

KITCH E.W., *The law and economics of rights in valuable information*, in *The journal of legal studies*, 1980, p. 683;

LIBRTINI M., *Il diritto della concorrenza nel pensiero di Tullio Ascerelli*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, II, Milano, 2005, p.1153 e ss.

LIMARDO, *Marchi, brevetti ed invenzioni non brevettate nel fallimento dell'impresa*, in *Dir. fall.*, 1978, I, 536 ss.;

MACEY J.R- MILLER G.P., *Corporate Governance and Commercial Banking: A Comparative Examination Of Germany, Japan and the United States*, in *Stan.L.Rev.*1996, vol.48 p.73 ss., a p.81.

MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, 1966, p. 178 ss.;

MARENCO L. PASQUALI C., *L'economia dei diritti di proprietà nell'era di internet*, in A. C. AMATO MANGIAMELI *Parola chiave: informazione*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 147;

MATTEI-PULITINI (a cura di), *Consumatore, ambiente, concorrenza. Analisi economica del diritto*, in *Il diritto privato oggi* (Collana diretta da P. CENDON), Giuffrè, Milano, 1994, pp. 1 e ss.;

MCDANIEL M., *Bondholders and Stockholders*, 13 J. Corp. L. 205 (1988);

MCDANIEL M., *Stockholders and Stakeholders*, 21 Stetson L. Rev. 121 (1991);

MENNEA , *Finanza e diritto*, 11 agosto 2009;

MILLER G.P , *Das Kapital: Solvency Regulation of the American Business Enterprise*, in E.A. POSNER (a cura di ), *Chicago Lectures in Law and Economics*, 2000, p.65 ss., a pag69-70

MINERVINI A. *Dall'informazione alla partecipazione*, 2002, Giuffrè, Milano;

MINERVINI G. *La Consob: lezioni di diritto del mercato finanziario*, 1989, Liguori, Napoli, pp. 47 e ss.

MIOLA M., *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali*, in *Rivista delle società*, vol. 50, n. 6, 2005, pp. 1199.

MITCHELL E., *The Fairness Rights of Corporate Bondholders*, 65 N. Y. U. L. Rev. 1165 (1990);

MITCHELL E., *A Theoretical and Practical Framework for Enforcing Corporate Constituency Statutes*, 70 Tex. L. Rev. 579 (1992);

MOLLE G., *La banca nell'ordinamento giuridico italiano*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 213 e ss.

MORRIS C.R., *Directors' Duties in Nearly Insolvent Corporations: A Comment on Credit Lyonnais*, 19 J. Corp. L. 61 (1992);

NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società per azioni*, in *Trattato*, Colombo-Portale, 7 \*\*\*, Torino, UTET, 1997, 433 e ss.

NIERI, *Il ruolo delle banche nelle crisi d'impresa: esperienza di Regno Unito, Stati Uniti, Germania, Giappone*, in *Banca, impresa, società*, 1997, pagg.14 e segg.

NOSOTTI, *Cessione del marchio e azione revocatoria*, in *Dir. ind.*, 1994, 552 ss.;

OPPO G., *I principi*, in *Tratt. BUONOCORE*, 2001, pp. 78 e ss.;

PALADIN L. (a cura di), *Libertà di informazione*, Utet, Torino, 1979, pp. 3 e ss.;

PARDOLESI R., TASSONE B., *I giudici e l'analisi economica del diritto privato due anni dopo*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2005, pp. 579 e ss.;

PARDOLESI R., MATTEI U., PULITINI F. (a cura di), *Consumatore, ambiente, concorrenza. Analisi economica del diritto*, in *Il diritto privato oggi* (Collana diretta da P. CENDON), Giuffrè, Milano, 1994, pp. 1 e ss.;

PARDOLESI R. MOTTI C., *L'idea è mia: lusinghe e misfatti dell'economics of informations*, in *Dir. inf. e informatica*, 1990, pp. 345 e ss.;

PICONE LUCA G.A., *La reorganization nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993.7.

- PRENTICE D.D., *Veil Piercing and Successor Liability in the United Kingdom*, in *Fla.J.* 1996, vol.10, p.469 ss.
- ROBLOT R., *Traité de droit commercial*, 14° ediz., Tome 2, Paris, L.G.D.J, 1994, pag.1287.;
- RORDORF, *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza (I parte)*, in *Società*, 2008, p. 1193
- PECORARO M., *A proposito dell'informazione come bene*, in *Diritto e diritti* (consultabile dal sito [www.diritto.it](http://www.diritto.it)), 2001;
- PERLINGIERI P., *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. Dir. civ.*, 1990, p. 326;
- PERLINGIERI P., *Informazione, libertà di stampa e dignità della persona*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 624 e ss.);
- POLINSKY M.A., *Un' introduzione all'analisi economica del diritto con una postfazione / Roberto Pardolesi*, Zanichelli, Bologna, 1986, p. 4.
- PORTALE G.B., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, contributo originale del 1991 pubblicato in *Rivista delle società*.
- PORZIO M., *Il fondamento normativo del segreto bancario*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1982, I, p. 1019 e ss.;
- POSNER R.A., *The economic approach to law*, in *Texas law review*, 1975, p. 757;
- PULITANO' *False comunicazioni*, cit., pag. 167 e SEMINARA, *False comunicazioni*, cit., pag. 680,
- PROSDOCIMI, *Tutela del credito e tutela dell'impresa nella bancarotta prefallimentare*, *RTDPE* 1999, 131;

REICH C.A., *The new property*, in *Yale law review*, 1964, p.733.

RESCIGNO *L'integrità morale, onore e la riservatezza*, in *Tratt. dir. priv.*, I, 2, Utet, Torino, 1982 p. 154 e ss.;

R.K.S. RAO & D.S. SOKOLOW & D. WHITE, *Fiduciary Duties à la Lyonnais: An Economic Perspective on Corporate Governance in a Financially Distressed Firm*, 22 *Iowa J. Corp. L.* 53 (1996);

RIVOLTA, *Ditta e marchi nel fallimento*, in *Problemi attuali del diritto industriale*, Milano, Giuffrè, 1977, 930 ss.;

ROSSI CARLEO L., *Il diritto all'informazione nei suoi aspetti privatistici*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, p. 138;

ROSSI, *L'analisi economica del diritto: pubblica amministrazione, società, lavoro, trasporti*, Cacucci, Bari, 2005;

RUTA G., *Il segreto bancario*, in *Il segreto nella realtà giuridica italiana cit.*, p. 368 e ss.;

SCHAFT S., *La nozione di informazione e la sua rilevanza giuridica*, in *Dir. Inf. e informatica*, 1987, pp. 460 e ss.;

SANDULLI M., in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. JORIO e coordinato da M.Fabiani, I, art.1-103, Bologna, 2006, sub art.5, da p.84, p.97 s.,

SANTAGATA, *Concorrenza sleale ed interessi protetti*, 204 ss e 313 ss.;

SANTORIELLO, *I creditori sono persone offese dei reati di bancarotta fraudolenta?*, DPP 1999, 1292.

SANTORO, *Norme penali congiunte e pluralità di reati e di circostanze*, in *Scuola pos.*, II, 1938, p. 341 ss.;

SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, pag. 52,

SCOZZAFAVA B., *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 357 e ss.;

SCHAFT S., *La nozione di informazione e la sua rilevanza giuridica*, in *Dir. Inf. e informatica*, 1987, pp. 460 e ss.;

SENA, *Il nuovo diritto dei marchi . Marchio nazionale e marchio comunitario*, Milano, 2001, 207.

SINISCALCO, *Concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, 1961, p. 192 ss.;

STANGHELLINI L., *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, p.137.;

STASI, *Sorte dei contratti di licenza del marchio nel fallimento*, in *Fallimento*, 1995, 897;

STIGLER G., *L'economia dell'informazione*, in *Mercato, informazione regole*, 1994 p. 217 e ss.

SPOLIDORO M.S., *Commento sub.art.7*, in P.MARCHETTI ( a cura di ), *Modificazioni alla disciplina delle società di capitali e cooperative*, in *Nuove Leggi civili commentate*, 1988, p.1 ss., p.51 ss.

SPOLIDORO M.S., *Il capitale sociale*, in P.ABBADESSA e A:ROJO (a cura di ) *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, 1993, p.59 ss., a p.67-68.

SPOLIDORO M.S., *Fallimento e diritti di proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, 604 ss.

TERRANOVA, *Lo stato di insolvenza*, in *Le procedure concorsuali, Il fallimento*, Trattato diretto da Ragusa Maggiore e Costa, Torino, I, p.239 ss,

THEIL H., *Economics of information theory*, Rand McNally, Chicago, Amsterdam, North Holland, 1967.;

TETI, *La responsabilità degli amministratori di S.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum, Gian Franco Campobasso, diretto da Abadessa e Portale, *Assemblea e amministrazione*, Torino, 2007, 2, 637.

UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, cit., pag. 1750.

VANZETTI A., *Natura e funzione giuridica del marchio*, in questa Rivista, 1961, I, p.23,

VANZETTI A., *La funzione distintiva del marchio oggi*, in Vanzetti e Sena (a cura di), *Segni e forme distintive. La nuova disciplina*, Giuffrè, Milano, 2001, 3 ss., 8-9.

VANZETTI A -DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, Giuffrè, 2005, 235.

VASSALLI F. , *Le norme penali a più fattispecie e l'interpretazione della "Legge Merlin"*, in *Studi in onore di Antolisei*, III, Giuffrè, 1965, p. 347 ss.).

VASSALLI F., *Diritto fallimentare, I, Presupposti, sentenza dichiarativa, organi, effetti per il debitore e per i creditori*, Torino, 1994, p.85,

VASSALLI F., *La nozione di insolvenza* ,

VANDERWEIDE M.E., *Against Fiduciary Duties to Corporate Stakeholders*, cit., p. 58 ss.;

VATTERMOLI, *Il contratto di licenza del marchio nel fallimento* , in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, 115 ss.;

VENTORUZZO M., *Experiments in Comparative Corporate Law: the recent Italian Reform and the Dubious Virtues of a Market for Rules in the Absence of Effective Regulatory Competition*, in *Nuovo diritto societario e analisi economica del diritto: seminario di studio - Università Bocconi 21 maggio 2004-11 giugno 2004*, atti raccolti da M. VENTORUZZO, Egea, Milano, 2005, pp. 206 e ss.;

VENTORUZZO M. (a cura di), *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive. Atti del convegno internazionale di studi. Venezia, 10-11 novembre 2006*, Giuffrè, Milano, 2007.

VIGO R., *Segreto bancario*, in *Novissim. dig. it., Appendice*, VII, Utet, Torino, 1987, p. 33 e ss.

ZENO-ZENCOVICH, *Informazione (profili civilistici)*, in *Digesto disc. priv. sez. civ.*, 1993, p. 421);

ZORZI, *Il controllo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sulle pratiche commerciali ingannevoli ed*



*aggressive a danno dei consumatori*, in *Contr. impr.*, 2010, 671 ss.

ZOPPINI A., *Le nuove proprietà nella trasmissione ereditaria della ricchezza*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, pp. 185 e ss.;

VATTERMOLI, *Il contratto di licenza del marchio nel fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, 115 ss.;

WILSONLEUNG W.S., *The Inadequacy of Shareholder Primacy: A Proposed Corporate Regime that Recognizes Non-Shareholders Interests*, 30 *Colum. J. L. & Soc. Probs.* 587 (1997);

WILSONLEUNG W.S.-MACEY J.R. *An Economic Analysis of the Various Rationales for Making Shareholders the Exclusive Beneficiaries of Corporate Fiduciary Duties*, 21 *Stetson L. Rev.* 23 (1991).

## GIURISPRUDENZA

Cassazione civile 13.01.1930, in *Riv. propr. int. ind.*, 1930, I, 22 ss.,

Cassazione civile, 21.02.1958, n. n. 571, *ivi.*, 1958, I, 406;

Tribunale Milano, 9 luglio 1964, in *Rassegna della proprietà industriale, letteraria ed artistica*, 1964, 256

Cassazione civile 5 settembre 1966, n. 2320, in *Giust. civ.*, 1967, I, 52;

Cassazione civile, 11 marzo 1975, n. 897, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, 1435;

Cassazione civile, 5 gennaio 1976, n. 7, in *Dir. fall.*, 1976, II, 172;

Tribunale Roma, 20.5.1980, in *Giurisprudenza annotata di diritto industriale*, 1980, pag. 445.;

Tribunale Milano, 3.5.1984, in *Giurisprudenza italiana*, 1985, I, 2, pag. 262.,

Cassazione civile, Trib. Roma., 12 dicembre 1985, in *Giur. dir. ind.*, 1985, 859;

Cassazione civile., Trib. Roma., 12.12. 1985, in *Giur. dir. ind.*, 1985, 859;

Cassazione civile, 3.8.1987, n. 6682, in *Giurisprudenza italiana*, 1988, I, 1, pag. 591.

App. Milano, 9 febbraio 1990, in *Giur. dir. ind.*, 1991, 202,

Cassazione civile 17.04.1991, n. 4096, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 546;

Tribunale Milano, 29 aprile 1991, in *Banca borsa e tit. cred.*, II, p. 471.

Trib. Milano, 29 aprile 1991, in *Banca borsa e tit. cred.*, II, p. 471.

Cass. 14 settembre 1992 n. 10476, in *Dir. e prat. trib.*, 1993, II, p. 961.;

Tribunale Torino, 27 gennaio 1992, in *Giur. it.*, 1993, I, 259;

Cassazione civile, 20.1.1992, n. 661, in *Giurisprudenza annotata di diritto industriale*, 1992, pag. 41.

Cassazione civile 14.12.1992 n. 10476, in *Dir. e prat. trib.*, 1993, II, p. 961 (nota F. RUFFINO);

Cassazione civile 14.09.1992 n. 10476.;

Cassazione Civile sez. I – sentenza 9/5/1992 n. 5525;”  
Tribunale di Roma-sentenza 28 dicembre 1987.

Tribunale Roma, 13 febbraio 1992, in *Giur. dir. ind.*, 1992, 451.

Tribunale Bologna, 5 novembre 1993, in *Dir. ind.*, 1994, 551.  
Corte di Giustizia del 30 novembre 1993, in causa C-317/91, in *Giur. ann. dir. ind.*, n. 3010 e in *Riv. dir. ind.*, 1995, II, 117 ss., caso «Audi Quattro», par. 30 .

Cassazione Civile 2.05.1994, n. 4214, *ivi*, 1994;

Cassazione civile 9.04.1996 n. 3264, in *Giust. civ. mass.* 1996, p. 521;

Cassazione civile 26.03.1996 n. 2668, in *Giust. civ. mass.*, 1996, p. 428,  
in *Corr. trib.* 1996, p. 2333;

Cassazione civile 9.04. 1996 n. 3264, in *Giust. civ. mass.* 1996, p. 521;

Cassazione civile 26.03.1996 n. 2668, in *Giust. civ. mass.*, 1996, p. 428, in *Corr. trib.* 1996, p. 2333;

Cassazione civile 9.04.1996, n. 3264, in *Giust. civ. mass.* 1996, p. 521;

Cassazione civile 26.03.1996 n. 2668, in *Giust. civ. mass.*, 1996, p. 428, in *Corr. trib.* 1996, p. 2333;

Tribunale Roma, 29 marzo 1996, in *Giur. merito*, 1997, 286.

Cassazione civile 29.01.1997 n. 918, in *Giust. civ. Mass.* 1997, p. 154;

Cassazione civile 29.01.1997 n. 918, in *Giust. civ. Mass.* 1997, p. 154;  
in *Dir. e prat. trib.*, 1993, II, p. 961 (nota F. RUFFINO);

Cassazione Civile 29.01.1997 n. 918, in *Giust. civ. Mass.* 1997, p. 154;

Corte di Giustizia 16 luglio 1998, causa C-210/96, in *Racc.*, 1998, I, 4657 ss., caso «Gut Springenheide e Tusky»;

Sez. V, 16 dicembre 1998, n. 2905, Carrino, *ivi*, n. 212613

Tribunale Reggio Emilia, 9.5.1998, in *Giurisprudenza annotata di diritto industriale*, 1999, pag. 444.;

Corte cost. 6 luglio 2000 n. 260, in *Giur. cost.* 2000, p. 2049;

Corte Cost. 6 luglio 2000 n. 260, in *Giur. cost.* 2000, p. 2049;

Cassazione civile 22.10.2001 n. 12871, in *Giust. civ. Mass.* 2002, p. 351;

Cassazione civile 10.01.2001 n. 267, in *Giust. civ. mass.* 2001, p. 58, in *Rass. trib.* 2001, p. 496 (nota S. DONATELLI), in *Arch. civ.*, 2001, p. 439 (nota R. BONAVITACOLA), in *Dir. e prat. soc.*, 2001, p. 93 (nota STESURI);

Cassazione civile 10.01. 2001 n. 267, in *Giust. civ. mass.* 2001, p. 58, in *Rass. trib.* 2001, p. 496 (nota S. DONATELLI), in *Arch. civ.*, 2001, p. 439 (nota R. BONAVITACOLA), in *Dir. e prat. soc.*, 2001, p. 93 (nota STESURI);

Cassazione civile 22.10. 2001 n. 12871, in *Giust. civ. Mass.* 2002, p. 351;

App. Milano, 4 maggio 2001, in *Orient. giur. lav.*, 2001, I, 433.

Cassazione Civile 22.10.2001 n. 12871, in *Giust. civ. Mass.* 2002, p. 351;

Cassazione civile 10.01. 2001 n. 267, in *Giust. civ. mass.* 2001, p. 58, in *Rass. trib.* 2001, p. 496 (nota S. DONATELLI), in *Arch. civ.*, 2001, p. 439 (nota R. BONAVITACOLA), in *Dir. e prat. soc.*, 2001, p. 93 (nota STESURI);

Cassazione civile 26.04. 2001, n. 6078, in *Mass. Giust. civ.*, 2001;

Corte di Giustizia 12 novembre 2002, caso «Arsenal», causa C-206/1, in *Racc.* 2002, 10273 ss., par. 48.

Cassazione civile, 10.9.2002, n. 13168, in *Rivista di diritto industriale*, 2004, II, pag. 71.

Cassazione civile, 5.6.2003, n. 8984, in *Giustizia Civile. Massimario annotato della Cassazione*, 2003, fascicolo 6.

Corte d'Appello Milano, 28.10.2003, in *Rivista di diritto industriale*, 2004, II, pag. 14.

Cassazione civile, 22.10.2003, n. 15761, in *Giustizia Civile. Massimario annotato della Cassazione*, 2003, fascicolo 10.

Tribunale Napoli, 17.7.2003, in *Giurisprudenza napoletana*, 2003, pag. 353

Cassazione civile, sezione I, 27.2.2004, n. 3967, in *Rivista di diritto industriale*, 2005, II, pag. 3, nota ESPOSITO.

Cassazione civile 1.12. 2005 n.26217;

Cassazione civile 28-04-2006 n.9856,

Cassazione civile 28-04-2006 n.9856, sez. I – sentenza 9/5/1992 n. 5525;

Corte Giust. CE 30 marzo 2006, in causa C-259/04, in *Racc.* 2006, I, 3089 ss., caso «Elizabeth Emanuel», parr. 47-48 e 53;

Sez. V, 6 luglio 2006, n. 29431, Tramontano, *ivi*, n. 235216;

Cassazione civile Sez. V, 22.02.2007, n. 11019, Pollice, in *C.E.D.*, n. 236936;

Trib. primo grado CE 18 dicembre 2008, causa T-16/07, caso «Torre de Benitez», par. 79.;

Cassazione Civile, 27.02. 2008, n 5215; Cass., 28 gennaio 2008, n.1760

Corte di Giustizia 27 novembre 2008, causa C-252/07, caso «Intel».

Corte di Giustizia 12 giugno 2008, causa C-533/06, in *Racc.* 2008, I, 4231 ss., caso «O2», par. 59; 26 aprile 2007, causa C-412/05, caso «Travatan», par. 55;

Tribunale primo grado CE 18 dicembre 2008, causa T-16/07, caso «Torre de Benitez», par. 79.

Trib. primo grado CE 25 marzo 2009, causa T-402/07, caso «Kaul-Arcol/Capol», par. 87. ;

Trib. primo grado CE 8 luglio 2009, causa T-240/08, caso «oli/Olay», parr. 38 ss.

Cassazione civile 13.02.2009, n. 3639, in *Giur. it.*, 2009, 2454 ss.,

Corte di Giustizia UE 23 marzo 2010, caso «Google-Ad-Words», parr. 84, 89-90;

Trib. UE 24 marzo 2010, causa T-363/08, caso «nollie/noli», par. 23 e causa T-423/08, caso «Hunagro/Uniagro», par. 19.