

Verona, 08 novembre 2018

FOCUS

Cessione d'azienda e di partecipazioni sociali: il divieto di concorrenza.

DISCLAIMER: La presente circolare ha il solo scopo di fornire informazioni di carattere generale e non costituisce un parere professionale né può considerarsi come sostitutivo di una consulenza specifica.

INFORMATIVA AI SENSI DEL REGOLAMENTO EUROPEO 679/16 (GDPR): La presente circolare è inviata a soggetti che hanno fornito liberamente i propri dati personali nel corso di rapporti professionali, di incontri o simili. I dati personali in questione sono trattati per finalità collegate ai rapporti professionali intercorrenti con gli interessati, per finalità informative ma non sono comunicati a soggetti terzi. Il "titolare" del trattamento dati è Studio Righini e Associati con sede in Verona, Piazza Cittadella, 13. Il trattamento dei dati è curato solo da soci, collaboratori e dipendenti incaricati del trattamento o da incaricati di occasionali operazioni di manutenzione. Qualora Lei avesse ricevuto la presente circolare per errore oppure desiderasse non ricevere più comunicazioni di questo tipo in futuro potrà comunicarcelo inviando una e-mail a studiorighini@studiorighini.it

L'art. 2557 del codice civile prevede che:

“Chi aliena l'azienda deve astenersi, per il periodo di cinque anni dal trasferimento, dall'iniziare una nuova impresa che per l'oggetto, l'ubicazione o altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta. Il patto di astenersi dalla concorrenza in limiti più ampi di quelli previsti dal comma precedente è valido, purché non impedisca ogni attività professionale dell'alienante. Esso non può eccedere la durata di cinque anni dal trasferimento. Se nel patto è indicata una durata maggiore o la durata non è stabilita, il divieto di concorrenza vale per il periodo di cinque anni dal trasferimento. Nel caso di usufrutto o di affitto dell'azienda il divieto di concorrenza disposto dal primo comma vale nei confronti del proprietario o del locatore per la durata dell'usufrutto o dell'affitto. Le disposizioni di questo articolo si applicano alle aziende agricole solo per le attività ad esse connesse, quando rispetto a queste sia possibile uno sviamento di clientela”

Tale disciplina è volta, da un lato, a consentire all'acquirente dell'azienda (o, come vedremo, delle partecipazioni sociali) di godere di quanto acquistato senza che il cedente possa “tentare” di riappropriarsene in via indiretta, mediante l'avvio di un'attività imprenditoriale in analogo settore commerciale, il che comporterebbe lo sviamento della clientela e quindi lo svilimento dell'avviamento di fatto pagato dall'acquirente per l'acquisto dell'azienda o delle partecipazioni (rappresentato di fatto dalla clientela stessa acquisita negli anni dal cedente), dall'altro lato tuttavia è volta anche a tutelare il cedente affinché non gli sia impedito, senza limiti di durata o senza una compiuta contestualizzazione e perimetrazione, di esercitare una propria attività economica in settore analogo rispetto a quello nel quale operava mediante l'azienda ceduta.

Con riguardo all'ambito soggettivo entro cui opera il suddetto divieto di concorrenza, si evidenzia che esso riguarda:

- (i) colui che cede l'azienda a titolo di proprietà;
- (ii) colui che trasferisce l'azienda a titolo di usufrutto e quindi mantiene la nuda proprietà sull'azienda medesima, ed infine
- (iii) colui che concede l'azienda in affitto.

Negli ultimi due casi (usufrutto e affitto d'azienda), pare utile evidenziare che, in forza anche di giurisprudenza costante sul tema, il divieto di concorrenza opererà, una volta terminato l'usufrutto o l'affitto, anche in capo all'usufruttuario o all'affittuario.

⇒ *Divieto di concorrenza e cessione di partecipazioni sociali*

Nel corso degli anni è stata a lungo dibattuta, sia in dottrina che in giurisprudenza, la possibilità di applicare, in via analogica, il divieto di concorrenza, oggetto del presente breve focus, anche all'ipotesi di trasferimento di partecipazioni sociali, fattispecie che realizza – quando ha ad oggetto la totalità delle partecipazioni o comunque una quota di esse che consenta il controllo e la conduzione dell'azienda – anziché il trasferimento diretto dell'azienda, un suo trasferimento in via indiretta, in quanto di fatto viene a realizzarsi lo stesso risultato finale (titolarità e conduzione dell'azienda in capo ad un soggetto diverso da quello *ante* trasferimento) potendosi pertanto venire a creare un pericolo anche dal punto di vista concorrenziale per l'acquirente, in questo caso, delle partecipazioni. L'orientamento ad oggi dominante (vedasi alcune massime giurisprudenziali della Suprema Corte sul tema nella successiva tabella, che hanno scopo esemplificativo ma non esaustivo), che viene condiviso da chi scrive, è quello che ritiene applicabile analogicamente il divieto di concorrenza ex art. 2557 c.c. ad un trasferimento di partecipazioni sociali tale da far ritenere che il risultato economico perseguito – ed ottenuto, a cessione compiuta - sia, nella sostanza, il trasferimento della titolarità e della conduzione dell'azienda in capo ad altro soggetto e che detto trasferimento realizzi il presupposto di un pericolo concorrenziale analogo a quello conseguente alla cessione d'azienda vera e propria.

Cassazione civile sez. I 20 marzo 2009 n. 6865

Il divieto quinquennale di concorrenza disposto dall'art. 2557 c.c. si applica non solo al caso dell'alienazione dell'azienda in senso tecnico ma anche a tutte le altre ipotesi in cui si verifica la sostituzione di un imprenditore all'altro nell'esercizio dell'impresa; è compresa l'ipotesi di cessione di sole quote sociali, se il cambio al vertice è la conseguenza diretta della volontà delle parti.

Cassazione civile sez. I 19 novembre 2008 n. 27505

Non è esclusa l'applicabilità in via analogica dell'art. 2557 c.c. all'ipotesi di cessione di quote sociali di azienda, nel caso in cui il giudice, con una rigorosa indagine che tenga conto di tutte le circostanze e le peculiarità del caso, accerti che tale cessione concreti un «caso simile» all'alienazione d'azienda, ossia che essa produca sostanzialmente la sostituzione di un soggetto ad un altro nell'azienda, avuto riguardo in particolare a quella componente del bene in parola rappresentata dall'avviamento, a tutela della cui acquisizione da parte dell'acquirente è dettato il divieto di concorrenza.

Cassazione civile, sez. I, 25/06/2014, (ud. 13/05/2014, dep.25/06/2014), n. 14471

“Va anzitutto disattesa la tesi difensiva secondo cui l'art. 2557 c.c., avrebbe natura eccezionale con esclusione, quindi, della sua applicazione in via analogica. La giurisprudenza di questa Corte ha ripetutamente affermato il principio contrario ribadendo che la disposizione contenuta nell'art. 2557 c.c., la quale stabilisce che chi aliena l'azienda deve astenersi, per un periodo di cinque anni dal trasferimento, dall'iniziare una nuova impresa che sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta, appropriandosi nuovamente dell'avviamento, non ha il carattere dell'eccezionalità, in quanto con essa il legislatore non ha posto una norma derogativa del principio di libera concorrenza, ma ha inteso disciplinare nel modo più congruo la portata di quegli effetti connaturali al rapporto contrattuale posto in essere dalle parti. (Cass. 27505/08; Cass. 9682/00; Cass. 549/97; Cass. 1643/98). E' stato pertanto affermato che non è esclusa l'estensione analogica del citato art. 2557 c.c., all'ipotesi di **cessione di quote** di partecipazione in una società di capitali, ove il giudice del merito, con un'indagine che tenga conto di tutte le circostanze e le peculiarità del caso concreto, accerti che tale **cessione** abbia realizzato un "caso simile" all'alienazione d'azienda, producendo sostanzialmente la sostituzione di un soggetto ad un altro nell'azienda. (Cass. 27505/08; Cass. 9682/00; Cass. 549/97; Cass. 1643/98). Tale principio di portata generale è applicabile tanto sotto il profilo della titolarità apparente dell'azienda in effetti ceduta che sotto quello in cui il venditore inizi a svolgere una attività commerciale concorrente avvalendosi di schermi societari per dissimulare la propria posizione.

Fonte: Ius Explorer - Giuffrè

Si ritiene utile precisare che il tema dell'applicazione analogica della disciplina di cui all'art. 2557 c.c. è stato discusso anche con riferimento ad altre due fattispecie:

- Il socio che recede dalla società;
- Il socio della società che cede l'azienda.

Con riferimento al primo caso (socio che recede dalla società) in giurisprudenza è stato ritenuto che il divieto di concorrenza non si applichi, in quanto non si avrebbe alcun trasferimento (né diretto, né indiretto) dell'azienda. Tale principio, secondo la dottrina maggioritaria, deve ritenersi esteso anche al caso di esclusione del socio.

Con riguardo al secondo caso (socio della società che cede l'azienda), si registrano opinioni contrastanti, anche se l'opinione prevalente ritiene non applicabile per analogia l'art. 2557 c.c.; sul tema si registra qualche perplessità, qualora ad esempio si pensi al caso di società – con un socio al 98% o addirittura con socio unico - che cede l'azienda (di cui a ben vedere il socio in questione disponeva della “titolarità” e della conduzione della medesima), viene successivamente posta in liquidazione sino alla completa

chiusura e subito dopo il predetto socio provveda a fondare altra società che inizi ad esercitare la medesima attività dell'azienda ceduta, nel medesimo luogo.

Con riguardo all'ambito oggettivo del divieto, l'articolo citato precisa che *“deve astenersi [...] dall'iniziare una nuova impresa che per l'oggetto, l'ubicazione o altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta”*, pertanto l'alienante deve astenersi dall'iniziare innanzitutto una attività che si possa considerare “nuova impresa” e quindi non si fa riferimento ad atti singoli o isolati e nemmeno ad attività già in precedenza avviate, che pertanto potrebbero proseguire, ed inoltre è necessario che tale nuova attività sia idonea per oggetto, ubicazione od altre circostanze a sviare la clientela dell'azienda trasferita; con riguardo all'oggetto dell'attività, è stato ritenuto violato il divieto quando l'oggetto sia anche solo potenzialmente in grado di creare sviamento fra la clientela, e non solo quando l'attività sia oggettivamente e completamente analoga alla precedente. Relativamente al luogo di esercizio, si evidenzia che è stato ritenuto che sia violato il divieto di concorrenza anche quando la sede della nuova attività – avente oggetto analogo alla precedente - venga posta in territorio diverso da quello in cui precedentemente era svolta l'attività dell'azienda alienata, ma la nuova attività poi si spinga ad essere esercitata sino al territorio ove in precedenza era esercitata l'azienda alienata, potendo in tal modo potenzialmente sviare la clientela precedente.

Da ultimo, si ritiene opportuno “chiudere” questo breve focus, facendo alcune brevi considerazioni in tema di durata del divieto di concorrenza e di derogabilità del divieto medesimo.

Con riguardo al primo aspetto, la disciplina codicistica prevede che il divieto valga per un periodo di 5 anni dal trasferimento. Qualora nulla venga indicato a riguardo fra le parti, il divieto avrà pertanto tale durata. Le parti possono comunque prevedere una durata minore del divieto, sino ad escluderla totalmente. Non possono invece prevedere una durata maggiore di 5 anni in quanto, in tal caso, il divieto si intenderebbe comunque operante solo per 5 anni. In caso di trasferimento dell'azienda a titolo temporaneo, invece, ai sensi del disposto codicistico, il divieto di concorrenza vale, nei confronti del nudo proprietario o del locatore, per l'intera durata dell'usufrutto o dell'affitto.

Con riguardo al secondo aspetto (derogabilità del divieto), le parti possono quindi derogare al divieto di concorrenza innanzitutto con riguardo alla durata del medesimo (prevedendone una durata inferiore a 5 anni sino ad escluderlo del tutto) ed inoltre, possono anche prevedere un divieto di concorrenza meno stringente di quello previsto dalla norma (con riguardo ad oggetto, ubicazione ecc.) oppure stabilirne limiti più ampi di efficacia (ad esempio, estendendone l'oggetto ad attività ulteriori rispetto a quelle esercitate tramite l'azienda ceduta ovvero prevedendo anche luoghi limitrofi rispetto a quello ove era esercitata l'attività precedente) con il limite tuttavia che le eventuali deroghe “peggiorative” imposte a carico del cedente non siano tali da impedire di fatto lo svolgimento di ogni attività professionale da parte del medesimo.

Lo Studio resta a disposizione per ogni chiarimento.

Per il Dipartimento Company law e operazioni straordinarie
Dott. Matteo Tambalo