

UNNO STATUTO DELL'IMPRESA PER I PAESE DES MERCOSUR*

Diego Corapi

Professor advogado de Direito Privado da Universidade de Roma Tor Vergata

Resumo:

O autor aborda a constituição do estatuto da empresa para os países integrantes do Mercosul, as normas a serem observadas pelas empresas em si mesmas ou agrupadas e, ainda, a norma sobre a tutela do consumidor e a crise atual da empresa.

Abstract:

The author speaks about the statute of enterprise to the countries that are integrants of the Mercosul, the norms to been observates by the enterprises or that in form groups and, still, the norm about the tutelage of the consumer, completing when he speaks about the actual enterprise's crisis.

Sommario: 1. - Genesi dell'“Estatuto” 2. - La nozione di impresa al centro dell'“Estatuto” 3. - Le norme sull'impresa. 4. - Le norme sulla tutela della concorrenza. 5. Le norme sui contratti di cooperazione tra imprese. 6. Le norme sui gruppi di imprese. 7. Le norme sulla tutela del consumatore. 8. Le norme sulla crisi dell'impresa. 9. - Conclusioni. 10. Appendice: il testo dell'“Estatuto”

1. Anche in America Latina è viva l'esigenza di promuovere un processo di integrazione giuridica per favorire lo sviluppo delle relazioni commerciali nel quadro di un'economia globale.

Le istanze di unificazione, uniformazione e armonizzazione del diritto si sono tradotte negli anni in una serie di iniziative maturate anzitutto in seno al Comitato Giuridico Interamericano (C.G.I.) istituito nel 1967 presso l'Organizzazione degli Stati Americani (O.E.A.) con il precipuo compito di “promover el desarrollo progresivo y la codification del derecho internacional”(art. 3 dello statuto istitutivo del (C.G.I.). Gli sforzi del C.G.I. si sono orientati soprattutto verso il settore del diritto internazionale privato, ed hanno condotto alla stipula di 21

* Il presente scritto è dedicato alla memoria di Ana Maria M. De Aguinis, a cui – come Ella mi scrisse nell'inviarmi un Suo libro – “me une el imaginario y la comunidad intelectual”

convenzioni interamericane tese ad unificare i criteri di determinazione della legge applicabile.

All'opera del C.G.I. si è affiancato, poi, il contributo offerto dai giuristi latinoamericani in seno agli organismi UNCITRAL ed UNIDROIT, attraverso la partecipazione alla redazione dei progetti di unificazione del diritto del commercio internazionale.¹

Il processo di integrazione, favorito da una matrice romanista comune che, ancor più marcatamente che in Europa, ha mantenuto una vocazione universale, trova ora nel Trattato di Asunción istitutivo del Mercosur una cornice istituzionale capace di rendere più agevole e spedito il cammino verso il raggiungimento di una sostanziale omogeneità del sistema giuridico latinoamericano.²

Il Trattato di Asunción ha previsto la istituzione entro il 31 dicembre 1994 di un mercato comune tra l'Argentina, il Paraguay, l'Uruguay ed il Brasile; a tal fine gli Stati membri si sono impegnati ad assicurare la libera circolazione dei beni, dei servizi e dei fattori produttivi, la determinazione di una tariffa esterna comune, il coordinamento delle politiche macroeconomiche e settoriali (art. 1 del Trattato di Asunción). Ma, soprattutto, la realizzazione di uno spazio economico comune implica l'esigenza di procedere all'armonizzazione delle legislazioni nazionali nei settori interessati dal processo di integrazione (art. 1 ult. comma Trattato di Asunción).³

1. Per un quadro di queste iniziative e dei loro risultati si veda A.M. Garro, *Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades*, Quaderno n. 5 del Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero diretto da M.J. Bonell, Roma 1992. Una particolare importante iniziativa è riferita da F. Pernazza, Il Progetto Unidroit sui Principles for International Commercial Contracts e l'unità e specificità del sistema giuridico latino-americano, in *Dir. del comm. int.* 1994, 491.

2. Il Tratado para la constitución de un mercado común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay è stato stipulato ad Asunción, Paraguay il 26 marzo 1991. Con la decisione n. 1/91 del Consejo del Mercado Común (organo superiore per l'amministrazione ed esecuzione del Trattato di dell'Economia dei paesi membri) si è approvato un Protocollo per la risoluzione delle controversie (Protocollo di Brasilia). Ulteriori decisioni del Consejo del Mercado Común hanno regolato diversi aspetti dell'integrazione prevista dal Trattato di Asunción. Un successivo accordo n. 18 del 23 gennaio 1992 ha deciso l'alcance parcial de Complementation Economica. I testi di tutti questi accordi e decisioni sono pubblicati in appendice al volume di A.M. De Aguinis, *Empresas e inversiones en el Mercosur*, Buenos Aires, 1992.

3. Sui presupposti di carattere economico della integrazione regionale (soprattutto dal punto di vista argentino) si veda C.A. Ghersi y D. Francescuti, *Razones y Fundamentos par la integración regional, in Mercosul. Perspectivas desde el derecho privado* (a cura di C.A. Ghersi), Buenos Aires 1993.

In tale nuovo contesto istituzionale in cui l'obiettivo del riavvicinamento delle normative nazionali è assunto come momento fondante del fenomeno di integrazione, matura la consapevolezza che un'economia senza barriere presuppone innanzitutto l'attenuazione delle disomogeneità giuridiche tra i soggetti che animano il mercato.

Di qui la necessità di volgere l'attenzione all'impresa quale motore di un'economia integrata e la considerazione della importanza dell'elaborare di un quadro normativo di riferimento unitario capace di offrire soluzioni comuni alle problematiche connesse all'organizzazione ed allo svolgimento dell'attività imprenditoriale.

In un terreno, quindi, reso fertile dalla necessità di conseguire in tempi brevi gli obiettivi imposti dal Trattato di Asunción, è nato l' "Estatuto de la empresa para los países del Mercosur"

Il progetto è il frutto di un'iniziativa promossa dal Centro di Studi Latinoamericani dell'Università di Roma – Tor Vergata in collaborazione con l'Istituto Italo-Latino Americano (IILA) e l'Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA).

Il dinamismo del Presidente del Centro, Sandro Schipani, ha condotto alla costituzione di un gruppo di lavoro che si ha avvalso del contributo di giuristi italiani e latinoamericani.⁴

L'attività del gruppo di lavoro si è articolata in una serie di incontri preliminari svoltisi tra l'Italia e l'Argentina prima di culminare nella elaborazione di uno schema di statuto, alla cui discussione ed approfondimento è stato successivamente dedicato il seminario di studi tenutosi a Roma nel dicembre del 1993 presso l'Istituto Italo-Latinoamericano.

I lavori svolti in quella sede offrono una testimonianza diretta di come l'interazione tra sistemi dotati di autonoma specificità ma legati da una medesima radice giuridica possa condurre alla maturazione del dibattito su un tema comune quale quello della disciplina dell'attività di impresa nell'ambito del sistema economico.

4. Partecipavano al gruppo: Carlo Angelici dell'Università di Roma – La Sapienza, Salvador D. Bergel dell'Università di Buenos Aires, Diego Corapi dell'Università di Roma – Tor Vergata, Susana Czar de Zalduendo e Ana Maria De Aguinis dell'Università di Buenos Aires, Luis Olavo Baptista dell'Università di San Paolo, Siegbert Rippe dell'Università di Montevideo, Antonio Serra dell'Università di Sassari.

Nel caso di specie, poi, la collaborazione è risultata particolarmente produttiva perchè ha posto a confronto le esperienze dei Paesi del Mercosur, che solo recentemente hanno intrapreso il cammino verso la costituzione di uno spazio economico comune, con quello di un Paese come il nostro, che già da tempo, invece, vive le complesse dinamiche connesse al processo di integrazione europea.

Inoltre, il tema ha offerto la possibilità di partecipare l'esperienza maturata in Italia sull'opportunità di approntare uno schema normativo organico per l'impresa volto ad eliminare le disarmonie e la frammentarietà di interventi settoriali, esperienza che si è concretizzata in una serie di iniziative e di proposte delle quali il progetto Ferri rappresenta il risultato più significativo.

Il progetto, elaborato nel 1983 da una commissione legislativa presieduta dal Prof. Giuseppe Ferri con l'obiettivo, appunto, di disegnare un quadro unitario entro il quale coordinare la disciplina dei singoli aspetti dell'attività di impresa, ha rappresentato un punto di riferimento costante durante i lavori che hanno condotto alla redazione dell' "Estatuto".⁵

L'affermazione decisa una sostanziale parità di trattamento dell'impresa privata e pubblica, l'esigenza che anche quest'ultima operi secondo criteri di economicità, la consapevolezza che il corretto funzionamento del mercato passa per la tutela della concorrenza e la considerazione unitaria del fenomeno dei gruppi di società sono tra i principi che hanno ispirato l'elaborazione del progetto Ferri e che ora l' "Estatuto" ha fatto propri.

Dal progetto Ferri l'"Estatuto" riprende anche la struttura in forma di articolato legislativo ripartito per titoli ciascuno dei quali disciplina un aspetto della vita dell'impresa: l'esercizio dell'attività economica nell'ottica di un'effettiva condizione di paritetività tra organismi pubblici e privati; la tutela della concorrenza; i contratti di cooperazione tra imprese; i gruppi di impresa; la protezione del consumatore; la crisi dell'impresa.

5. Il progetto Ferri fu elaborato da una commissione nominata dal Ministro di Grazia e Giustizia e presieduta dall'insigne Maestro del diritto commerciale. Tra i componenti ebbe l'onore di essere presente chi scrive. Lo schema di provvedimento elaborato dalla commissione con la relazione che lo accompagna è stato pubblicato in *Quaderno della Giustizia* n. 28 del novembre 1983, p. 17 ss. e in *Riv. soc.* 1984, 243. Per un'analisi e un commento si veda D. Corapi, Attualità di uno statuto dell'impresa, in *Dottori Commercialist* n. 1, 1982, p. 7 ss.; Actualité d'un statut de l'entreprise au regard du droit italien, in *Rev. soc.* 1984, 723 e Prospective dans l'organisation et le statut de l'entreprise italienne, in *Les Petites Affiches* n. 49, 25 avril 1983, p. 97 ss.; P.G. Jaeger, *La nozione di impresa dal codice allo statuto*, Milano 1985; P. Spada, L'incognita "impresa" dal codice allo statuto, in *Giur. comm.* 1985, I, 748.

Se ne evince un quadro in cui la realtà dell'impresa è colta in una dimensione oggettiva e l'accento spostato dal profilo dell'imprenditore a quello dell'attività economica, nel riconoscimento che l'efficienza del sistema presuppone anche la considerazione degli interessi di soggetti diversi, quali i creditori od i consumatori.

L'auspicio è che la costituzione di una piattaforma normativa unitaria sia realmente avvertita, nell'ambito del Mercosur, quale condizione imprescindibile del processo di riavvicinamento delle legislazioni interne, nella consapevolezza che solo una convergenza sui grandi temi dell'impresa renderà possibile procedere verso il superamento delle asimmetrie giuridiche.

A tal fine occorre istituzionalizzare l'"Estatuto" utilizzando i meccanismi normativi previsti dal Trattato di Asunción per tradurlo in "decision" del Consiglio del Mercato Comune, previa risoluzione del Gruppo del Mercato Comune oppure in forma di accordo internazionale.

Solo una volta assunta una qualifica normativa formale l'"Estatuto" potrà spiegare efficacia vincolante nei confronti dei Paesi membri, che saranno tenuti ad adattare le normative nazionali ai principi in esso espressi.

Se l'"Estatuto" non potrà avvalersi degli strumenti normativi predisposti dal Trattato di Asunción esso resterà relegato al rango di mera elaborazione dottrinale, la cui efficacia resterà condizionata al consenso della comunità giuridica latinoamericana sulle norme proposte e alla loro introiezione spontanea nei diversi sistemi.

Alla speranza di veder tradotto l'"Estatuto" in una forma giuridica adeguata che ne possa assicurare un'effettiva vigenza negli ordinamenti del Paesi del Mercosur si associa il desiderio che esso costituisca un'occasione per cominciare a considerare l'impresa in termini globali non soltanto a livello nazionale ma anche e soprattutto in un ambito sovranazionale dove una siffatta considerazione è spinta dall'esigenza di sviluppare una disciplina armonica e adeguata alle necessità dell'integrazione economica tra i diversi paesi.

2. La principale caratteristica dell' "Estatuto" è di porre la nozione di impresa al centro della ricostruzione dei principi fondamentali della disciplina dell'attività economica.

Questa impostazione costituisce una novità per i paesi dell'America Latina, nei cui ordinamenti, seguendo la tradizione europea, il fondamento della disciplina dell'attività economica resta, invece, il soggetto cui tale attività è imputata, cioè il "commerciante" oppure, sul piano oggettivo, non l'attività ma l'"atto di commercio", nozioni entrambe che postulano la distinzione tra codice civile e codice di commercio.⁶

Anche nel nostro ordinamento, del resto, dove pure, con l'unificazione dei codici del '42, le nozioni di "atto di commercio" e di "commerciante" sono scomparse, ciò ha portato soltanto a dar rilievo ai due aspetti – soggettivo (l'imprenditore: art. 2082 cod. civ.) e oggettivo (l'azienda: art. 2555 cod. civ.) – dell'impresa.⁷

6. Sulle codificazioni del diritto civile e del diritto commerciale in America Latina si veda S. Schipani, *Los codigos latinoamericanos de la "transfusion" del derecho romano y de la independencia hacia codigos de la "mezcla" y "codigos tipo" in Fuentes ideologicas y normativas de la codification latinoamericana* (coordinator A. Levaggi), Buenos Aires 1992, p. 15 ss.; H. Eichler, *Privatrecht in Lateinamerika*, in *Festschrift für E.C. Hellbling*, Berlin 1981, p. 481 ss. In particolare sulla codificazione commerciale in Argentina e Uruguay si vedano, rispettivamente, il Libro del Centenario del Código de Comercio, pubblicato dalla *Comision Nacional de Homenaje a los Doctores Salmacio Vélaz Sarsfeld y Eduardo Acevedo*, Buenos Aires 1966 e R.O. Garcia y S. Rippe, *Evolucion y panorama del derecho comercial uruguayo*, Montevideo 1989. Sulla codificazione commerciale in Brasile si veda Fran Martins, *Curso de direito comercial*, 10ª ed., Rio de Janeiro 1985. Progetti di riforma sono stati elaborati in Brasile (dove, tra l'altro, si è proposto nel 1965 un codice delle obbligazioni che unifica questa parte del diritto privato) e in Argentina (dove una riforma del codice civile, proposta nel 1987, prevede anch'essa l'unificazione con il codice di commercio).

7. La più netta individuazione dell'impresa come attività e dell'impresa come complesso di beni destinati ad uno scopo produttivo (azienda) quali profili giuridici dominanti nel sistema del diritto commerciale italiano dopo l'unificazione dei codici e la perdita dell'autonomia normativa è di G. Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, 10ª ed., Torino 1993; *Diritto commerciale*, in *Enc. del dir.* v. XII, il quale, peraltro, rileva anch'egli, che il codice del 1942, improntato a principi essenzialmente diversi da quelli del codice di commercio precedente, non considera l'impresa ma l'imprenditore e che la nozione di impresa come attività si ricava dalla definizione di imprenditore: "l'impresa è appunto l'attività dell'imprenditore e ogni tentativo di scindere l'una nozione dall'altra e di ammettere l'esistenza di una impresa, il cui titolare non sia l'imprenditore, muove – ad avviso dell'illustre Maestro – da una inesatta considerazione della legge e non può essere condiviso" (G. Ferri, *Manuale*, cit., p. 45). Fondamentale nella ricostruzione sistematica di Giuseppe Ferri è, poi, identificazione tra impresa commerciale, non condivisa però dalla restante dottrina commercialistica. Per un quadro complessivo di questa problematica G. Oppo, *Impresa e imprenditore*, *Enc. giur.* v. XVI^o. Rimasta senza seguito l'originale definizione dell'impresa come diritto soggettivo, proposta da R. Nicolo nella sua pluriplusione romana, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. comm.* 1956, I, 1977, l'esigenza di una rivalutazione del ruolo dell'impresa è stata avvertita in relazione alle problematiche poste dallo sviluppo del sistema economico, recepite dagli studi aziendalistici sulla nozione di *firm* (a partire dalla fondamentale indagine di M. Miller & F. Modigliani, *Dividend policy, Growth and the Valuation of Shares*, 34 J. BUS. 411 (1961)). Frutto di tale riconsiderazione è in Italia il già ricordato progetto Ferri sullo Statuto dell'impresa, rimasto peraltro senza esito. Di fronte al recente avvio di radicale trasformazione del sistema economico italiano verso la privatizzazione e la liberalizzazione dei mercati si accentua l'esigenza di una revisione della nozione di impresa quale perno

Una considerazione globale dell'impresa ha trovato, peraltro, spazio nell'ambito del diritto della Comunità europea, volto alla individuazione delle attività economiche rilevanti nel mercato. Questa finalità, e insieme, la necessità di formulare le normative in un contesto istituzionale che integri ordinamenti degli Stati membri assai diversi utilizzando concetti giuridici legati soltanto a tale contesto e fuori dal riferimento ai singoli ordinamenti, hanno portato il diritto della Comunità europea alla elaborazione di una nozione di impresa assai ampia.⁸

Una esigenza analoga a quella sentita nell'ordinamento comunitario si è posta nella elaborazione dell'"Estatuto": nell'art. 1 si sancisce che esso regola "l'esercizio di ogni attività economica destinata alla produzione e scambio di beni e servizi". Questa è, dunque, la nozione assai ampia di impresa da cui muove lo schema normativo per elaborare i principi fondamentali che la governano.

Significativo della tecnica usata nella redazione di questa e delle altre norme dell'"Estatuto" è che la norma non detta "sic et simpliciter" una definizione dell'impresa, ma definisce invece l'ambito di applicazione della disciplina che si va ad introdurre. Ove possibile, invero, si è evitata la formulazione di definizioni che possano costituire fonte di divergenti interpretazioni nel contesto degli ordinamenti dei diversi Paesi in cui esse andranno inserite, per privilegiare formulazioni operative, scevre per quanto possibile di riferimenti concettuali.

3. L'"Estatuto" è diviso in sei titoli che riguardano gli aspetti fondamentali di rilevanza dell'impresa nel sistema economico. Il titolo I° (L'impresa) pone i principi generali in base a cui l'attività di impresa deve essere svolta perchè abbia rilevanza e efficacia nell'ordinamento giuridico: l'amministrazione deve essere autonomia e ispirarsi a criteri di efficienza; la gestione

della disciplina dell'attività economica: da ultimo è tornato su questa esigenza con riferimento in particolare alle proposte di riforma della legge fallimentare F. Corsi, *Impresa e mercato in una nuova legge fallimentare*, in *Giur. comm.* 1995, I, 329. Per una valutazione complessiva dell'evoluzione della nozione di impresa dalla codificazione ad oggi e dalle prospettive future G. Cottino, *Imprese, imprenditore, società tra ieri e oggi*, nel volume *Per i cinquant'anni del codice civile* (a cura di M. Sesta), Milano 1994, p. 217.

8. P. Verrucoli (a cura di), *La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario*, Milano 1977; A. Grisoli, *Impresa comunitaria*, in *Enc. giur.*, v. XVI°, M. T. Cirenei, *Le imprese pubbliche*, Milano 1983.

deve rispettare i principi di trasparenza e uguaglianza di trattamento dei partecipanti, investitori e creditori (art. 2 dello Statuto).

Si tratta di garanzie di legittimità dell'agire il cui rispetto è condizione del riconoscimento degli effetti dell'attività economica organizzata in un ordinamento. In sostanza, le ragioni dell'economia che portano al rilievo dell'attività di impresa possono trovare accoglimento solo se questa attività rispetta principi di fondo della convivenza civile. L'impresa è libera nel mercato, ma il mercato ha regole di funzionamento che impongono il "fair play" e il rispetto dei valori presenti nella società.⁹

L'osservanza di questi principi dovrà essere garantita da un organismo autonomo: anche qui l'"Estatuto" è fortemente innovatore e in linea con le tendenze emergenti verso la privatizzazione e liberalizzazione dei sistemi economici. In questo contesto è attività di impresa nel mercato richiede adeguate forme di intervento pubblico non più con provvedimenti di amministrazione attiva che intervengono direttamente sulle diverse situazioni, ma con la predisposizione di controlli esterni dello svolgimento corretto dell'attività attraverso organismi regolatori indipendenti.¹⁰

Nell'"Estatuto" si precisa, poi, che i medesimi principi, le medesime regole e i medesimi controlli di organismi indipendenti si riferiscono anche all'impresa pubblica.

Anche dal punto di vista della disciplina dei singoli atti posti in essere l'impresa pubblica o con partecipazione dello Stato è soggetta alle stesse norme che regolano gli atti delle altre imprese senza distinzioni nè privilegi (art. 4 dell'"Estatuto"). Si riafferma così l'unitarietà delle diverse forme di impresa e l'esigenza che le regole giuridiche ad esse relative ripetano le caratteristiche

9. Anche il mercato non è un qualcosa di selvaggio, che fiorisce da solo, ma è il risultato di una coerente azione delle forze politiche e sociali. Insisteva in questo senso G. Carli, Il Codice e il processo di sviluppo economico, in *Riv. dir. civ.* 1980, I, 6. Sul punto per un particolare, ma fondamentale aspetto G. Visentini, *Etica e affari*, CERADI saggi I, Roma 1995, p. 101.

10. Sugli organismi indipendenti di controllo si veda C. Franchini, Le autorità amministrative indipendenti, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1988, 549. Sulla trasformazione di questi organismi è espressione si veda M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna 1992 e, con riferimento alla proposta di introduzione di un organismo di controllo nel settore delle opere pubbliche, D. Corapi, Il controllo sulle opere pubbliche. Appunti di diritto comparato, in *Riv. dir. comm.* 1993, I, 453. Per una valutazione complessiva dei nuovi istituti del diritto amministrativo nel rapporto diritto privato-diritto pubblico, G. Oppo, Diritto privato e interessi pubblici, in *Riv. dir. civ.* 1994, I, 25; G. Visentini, *La legalità nell'organizzazione dell'economia*, CERADI Saggi n. 1, cit., p. 79.

essenziali dell'attività economica organizzata nel mercato: l'intervento pubblico nell'economia può esprimersi in modi diversi, ma se assume carattere di impresa deve essere coerente con essa. Quando ciò non è, l'intero sistema economico ne risulta adulterato e, in definitiva, sconvolto.

Queste norme, che riflettono le preoccupazioni derivanti dalla presenza di un forte intervento pubblico nell'attività d'impresa, non sono tuttavia inutili anche nella mutata prospettiva di una privatizzazione e liberalizzazione del sistema economico, comune oggi ai paesi del Mercosur e all'Italia. Intanto perchè il cammino da percorrere verso tali obiettivi è ancora lungo e richiede la massima chiarezza di impostazione (oltre che grande determinazione politica). Poi, soprattutto, perchè anche in un contesto definitivamente mutato, resterà uno spazio di attività economica di rilevanza pubblicistica per la quale sarà ancor più necessaria una regolamentazione basata sui principi riaffermati nell'"Estatuto".¹¹

4. Il titolo secondo dell'"Estatuto" è relativo alla tutela della concorrenza. Le norme si ispirano a quelle analoghe del Trattato di Roma della Comunità Europea (artt. 85 e 86), che a loro volta costituiscono una rielaborazione delle norme contenute nella madre di tutte le regolamentazioni anti-trust, la legislazione degli Stati Uniti d'America (*Sherman Act* e *Clayton Act*).

L'aspetto più interessante è costituito dalla previsione di un sistema permanente di comunicazione, coordinamento e cooperazione tra gli organismi incaricati di applicare le norme *anti-trust* nei diversi paesi del Mercosur, i quali dovranno così provvedere ad armonizzare l'interpretazione (art. 7 dell'"Estatuto"). In assenza di organismi sovranazionali (come quelli della Comunità Europea: Commissione e Corte di Giustizia), questa previsione mira a supplire alle necessità di una armonica politica della concorrenza in tutto il Mercosur.

11. Queste considerazioni sono confermate dall'analisi della situazione italiana, per cui si veda G. Visentini, *L'evoluzione del sistema finanziario italiano. I problemi attuali*, CERADI Saggi n. 1, cit., p. 3. In generale sulle diverse ma ineliminabili modalità dell'intervento pubblico in un sistema economico privatizzato e liberalizzato si veda C.L. Schultze, *The Public Use of Private Interest*, The Brookings Institution, 1977, trad. it. a cura di M. Rodriguez con introduzione di G. Anselmi, Milano 1993.

5. Il successivo titolo terzo dell'“Estatuto”, sui contratti di cooperazione tra imprese, si limita a disciplinare in un solo articolo (art. 8) la caratteristica fondamentale di questi contratti di carattere associativo come le società, ma diversi dalle società perchè realizzano la cooperazione senza porre in essere un organismo comune, centro di attività economica e di rilevanza giuridica unitaria.

Non si considera, invece, l'impatto che le diverse forme di cooperazione tra imprese possono produrre sul mercato: resta, dunque, nell'ambito della generale normativa *anti-trust* la possibilità di un intervento delle autorità dei diversi paesi nel campo delle concentrazioni che si realizzano attraverso rapporti di collaborazione (le c.d. *joint ventures* concentrative).¹²

6. Il titolo quarto dell'“Estatuto” affronta il tema dei gruppi di imprese.

Si tratta, come è ben noto, di uno dei momenti più delicati della disciplina dell'impresa, in cui si confrontano due impostazioni completamente diverse. Preso atto della rilevanza dei collegamenti tra imprese e della direzione unitaria che essi consentono, molti ordinamenti giuridici tengono ferma, tuttavia, una considerazione distinta delle diverse unità giuridiche in cui le imprese facenti parte di un gruppo si articolano, dando rilievo al legame tra di esse solo in fattispecie singole e con effetti limitati.¹³ Altri ordinamenti giuridici rovesciano questa impostazione e danno, invece, rilevanza globale al rapporto di direzione unitaria cui soggiacciono le imprese di un gruppo.¹⁴

12. Sulle *joint ventures* nella tipologia delle concentrazioni si veda D. de Nozza, *Antitrust. Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna 1988. Sulla distinzione tra concentrazione e cooperazione tra imprese nell'art. 3, Regolamento n. 4064/89 del Consiglio CE del 21 dicembre 1989, si veda il commento di G. Olivieri in R. Alessi - G. Olivieri, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino 1991, p. 205 ogg.

13. Seguono questa impostazione, tra gli altri, gli ordinamenti della Francia, della Gran Bretagna, degli Stati Uniti; su di essi si vedano rispettivamente gli studi di V. Di Cataldo, C.B. Vanetti e A. Mazzoni, in *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico* (a cura di A. Pavone Larosa), Bologna 1982.

14. Segue questa impostazione, in particolare, l'ordinamento tedesco con la normativa sui *Konzerne* nell'*Aktiengesetz* 1965, 3, 16-19, 291-292, 319-327 e, sulla scia di questo, il controverso progetto di 7ª Direttiva comunitaria sull'armonizzazione del diritto delle società. Su tale disciplina A. Piras, *I gruppi di società nel diritto tedesco e brasiliano*; A. Cerrai *I gruppi di società nel diritto comunitario*, in *I gruppi di società*, cit.

Tutti i paesi del Mercosur, tranne il Brasile¹⁵ seguono la prima impostazione. Le norme dell'“Estatuto” hanno, pertanto, tenuto conto della situazione e propongono una disciplina che senza dare legittimazione completa al rapporto di direzione unitaria del gruppo, ne considera però le conseguenze più rilevanti e più gravi.

Dopo aver individuato all'art. 9 la nozione di impresa controllante, non soltanto si prevede all'art. 11 l'obbligo della presentazione di bilanci consolidati e di rendiconto distinto delle operazioni infragruppo, ma all'art. 12 si stabiliscono inoltre obblighi e responsabilità dell'impresa controllante nei confronti delle società controllate per i danni derivanti dall'aver seguito le direttive o istruzioni della controllante, nonchè responsabilità personali degli amministratori della impresa controllante in solido con gli amministratori delle società controllate. Con ciò si risolvono le questioni che si pongono quando tali problemi sono impostati alla luce dei principi generali sul conflitto d'interessi.¹⁶

Infine, all'art. 10 si sancisce che nell'acquisizione del controllo di società si debbano salvaguardare gli interessi dei soci di minoranza e dei creditori di tutte le società coinvolte nell'operazione (inclusa la società che acquista il controllo).

Nel complesso si tratta di norme che – considerando insieme la situazione di mero controllo e quella di direzione unitaria di gruppo – mirano a risolvere armonicamente i problemi di fondo che queste situazioni pongono, senza prendere posizione espressa per l'una o l'altra delle impostazioni sui gruppi di imprese.¹⁷

15. Sulla disciplina dei gruppi di società nel diritto brasiliano si veda Fran Martins, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1985, v. 3, p. 445 ss.; A. Piras, ob. cit.

16. Nell'ordinamento italiano, che segue la prima impostazione, sarebbero applicabili gli artt. 2391 e 2631 del codice civile, che vietano agli amministratori, con la comminatoria anche di sanzioni penali, il voto nelle operazioni in cui abbiano un interesse anche “per conto altrui” (e quindi anche della capogruppo), in conflitto con quello della società da essi amministrata (in ipotesi appartenente ad un gruppo). Queste norme applicate rigorosamente escluderebbero qualsiasi possibilità di operare come gruppo. Si finisce, perciò, per ricorrere ad una loro applicazione morbida, che vanifica la distinzione di posizioni giuridiche postulata dal codice civile, senza peraltro dare soddisfacente soluzione alle esigenze di tutela dei soci e dei terzi poste dall'operatività del gruppo.

17. Sulla necessità di introdurre norme analoghe nell'ordinamento italiano cresce il consenso: da ultimo il tema è stato dibattuto in un convegno del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, svoltosi a Courmayeur il 31 marzo-1 aprile 1995 (i cui atti sono in corso di pubblicazione). Per un panorama della problematica si veda R.M. Petriccione, *Gruppi di Società*, in *Dig. IV, Disc. priv.*, Sez. *Comm.*, v. VI, M. Lutter, *The Law of Groups in Europe: A Challenge for Jurisprudence*, in *Forum Internationale*, v. I°, 1983, I.

L'“Estatuto” insomma, tiene conto della impossibilità di dettare una disciplina organica per tutti i paesi del Mercosur, vista la fondamentale differenza che i diversi ordinamenti presentano in materia.

7. Una disciplina altrettanto innovativa, ma più decisamente orientata anche sul piano dottrinale, è quella proposta nel titolo quinto dell'“Estatuto” riguardo alla tutela del consumatore.

Anche queste norme fanno tesoro della esperienza dell'ordinamento statunitense e degli ordinamenti europei. In particolare si tiene conto dei principi e norme per un'armonizzazione in materia, fissate dalla direttiva comunitaria.¹⁸

L'art. 13 sancisce l'obbligo dell'impresa di operare con lealtà e buona fede nei confronti dei consumatori e gli articoli 14 e 15 introducono una responsabilità oggettiva della impresa che produca o metta in circolazione un prodotto difettoso.

8. L'ultimo titolo dell'“Estatuto”, il sesto, detta i principi fondamentali in materia di crisi dell'impresa.

Si muove dalla considerazione dell'importanza della conservazione dell'impresa come unità produttiva che coinvolge interessi di soggetti diversi (oltre ai creditori e ai soci, i dipendenti, i terzi consumatori dei suoi prodotti o utenti dei suoi servizi, l'interesse pubblico più in generale).

Pertanto, pur confermandosi la necessità di una procedura che provveda nel modo più equo e più economico alla eliminazione dal mercato delle

18. Sulla direttiva comunitaria 25 luglio 1985 n. 374 in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi e sulla sua attuazione nei paesi membri della Comunità europea (in Italia con il d.p.r. 24 maggio 1988 n. 224) si veda G. Alpa-M. Bin- P. Cendon, La responsabilità del produttore, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XIII^o, Padova, 1989. Sul problema della responsabilità del produttore in un contesto regionale quale il Mercosur, che superi le barriere degli ordinamenti statali si veda C.A. Ghersi, Responsabilidad civil regional por productos elaborados y traslacion del riesgo por las empresas a los consumidores, in *Mercosur*, ob. cit., p. 209. E' evidente che la introduzione di una “responsabilidad regional” presuppone l'armonizzazione delle discipline statali in materia di fondo: l'“Estatuto” è un tentativo di introdurre tali principi fondamentali.

imprese non più in grado di perseguire la loro attività,¹⁹ si dà rilievo alla esigenza di assecondare attraverso idonee procedure il recupero delle imprese in crisi non irreversibile.²⁰ Così l'art. 16 prevede il superamento della crisi con procedimenti extra-giudiziali e giudiziali e l'art. 18 sancisce che la liquidazione debba perseguire l'obiettivo del mantenimento, nei limiti del possibile, delle unità produttive e che a tal fine, ma per un periodo di tempo limitato, si possa prevedere una continuazione dell'esercizio dell'impresa.

9. Una conclusione di carattere metodologico generale può forse trarsi dall'esame della normativa proposta con l'"Estatuto"

Il carattere fondamentale di questa normativa è quello di essere una legislazione per principi, sulla scia delle *Generalklauseln* del BGB, che non è volta a dettare una disciplina esaustiva degli istituti considerati, ma soltanto a individuarne i caratteri essenziali e, in qualche caso, anche a stabilire la stessa necessità della loro introduzione nell'ordinamento.²¹

L'esigenza che si intende soddisfare è – come si è detto – quella di creare i presupposti per l'armonizzazione dei diversi ordinamenti giuridici

19. L'esigenza della "par condicio", "ratio" delle procedure concorsuali è stata analizzata e discussa dalla recente dottrina americana che ha riesaminato il problema con i metodi della "law and economics" e ha ribadito che "the bankruptcy system provides a way to override creditors' pursuit of their own remedies to make them work together" (Th. H. Jackson, *The logic and limits of bankruptcy Policy*, 1986, p. 17; J. Ayer, *The Role of Financial Theory in Shaping Bankruptcy Policy*, in 3, *American Bankruptcy Institute Law Review*, 53 (1995).

20. L'esigenza di recupero e conservazione per la collettività delle strutture aziendali ancora valide nonostante l'insolvenza è stata avvertita in diversi ordinamenti giuridici. Su di essi si veda M.J. Bonell, *La crisi delle tradizionali procedure commerciali: uno sguardo oltre frontiera*, in *Giur. comm.* 1981, I, 680. Negli Stati Uniti, oltre agli studi riportati da J. Ayer nell'articolo citato nella nota precedente, il tema è stato messo in luce nei suoi riflessi di carattere generale da J.W. Hurst, *Law and the Conditions of Freedom in Nineteenth Century United States*, *Univ. of Wisconsin L. J.*, 1964 p. 26. In Italia la risposta a tale esigenza (giudicata, peraltro, frammentaria e insufficiente) è stata data dalla varia legislazione di salvataggio e, da ultimo, dalla legge 3 aprile 1979 n. 75 (c.d. legge "Prodi") sulla amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. Per una valutazione di questa normativa si veda G. Oppo *Profilo sistematico dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Riv. dir. civ.* 1981, I, 233 e, in relazione ad un problema specifico ma cruciale, D. Corapi, *Creditori anteriori e creditori di massa nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 291.

21. L'importanza di una legislazione per principi o per clausole generali è stata riproposta da S. Rodota', *Ideologia e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.* 1967, I, 347.

considerati e, quindi, la possibilità di realizzare gli obiettivi dell'ordinamento regionale sovranazionale del Mercosur.

E' da notare come questa esigenza riproponga l'importanza di un quadro normativo di fondo, ovvero di una "codificazione" come base dell'intervento legislativo nei singoli settori.

E' una conferma, ove mai fosse necessaria, che la realtà del diritto non può essere chiusa in formule astratte e definitive avulse dalle soluzioni richieste nelle diverse circostanze della vita economica e sociale. Se è vero, quindi, che all'interno di alcuni ordinamenti giuridici le esigenze che condussero alle grandi codificazioni sembrano oggi meno pressanti e si assiste ad una maggiore articolazione delle fonti primarie e a diverse opzioni metodologiche rispetto alla sistematica codicistica tradizionale, è vero altresì che in altre situazioni, quali quelle determinate dalle esigenze di integrazione dei rapporti economici a livello transnazionale, l'esigenza di individuazione e posizione di principi fondamentali torna a trovare in testi normativi di principio la più idonea soluzione.²²

22. Il dibattito sul significato della codificazione oggi è stato aperto in Italia da N. Itri, L'età della codificazione, 3ª ed, Milano 1989 (ma la prima stesura del saggio è del 1978). Ribadisce l'importanza della codificazione R. Sacco, Codificare: modo superato di legiferare, in *Riv. dir. civ.* 1983, I, 117. Per altri riferimenti G. Tarello, Codice I) Teoria Generale e R. Sacco, Codice II) Diritto comparato e straniero, in *Enc. giur.*, v. VIª. Negli ordinamenti di *common law* il problema si pone con riferimento al ruolo del precedente giudiziale come base del sistema: anche in quei paesi, invero, lo sviluppo di interventi legislativi settoriali mette in discussione la centralità della tradizione giurisprudenziale. Negli U.S.A. G. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge 1982, sottolinea la necessità di studiare le conseguenze di questa evoluzione e di ritrovare su altre basi i fondamenti dell'ordinamento.

Roma, 11 de diciembre de 1993

ESTATUTO DE LA EMPRESA PARA LOS PAISES DEL MERCOSUR

TITULO I - LA EMPRESA

Art. 1 - Ambito di Aplicación

El presente Estatuto regula el ejercicio de toda actividad económica destinada a la producción e intercambio de bienes y servicios.

Art. 2 - Gestión de las Empresas

Los administradores de la empresa tanto privada como pública tienen autonomía para la toma de decisiones y deben utilizar criterios de eficiencia en su gestión.

La gestión de la empresa deberá respetar los principios de transparencia y de igualdad de tratamiento de los participantes, inversionista y acreedores. Un organismo autónomo e interdependiente garantizará la observancia de tales principios.

Art. 3 - Igualdad de tratamiento para las empresas competidoras

Las empresas, incluida la empresa pública, tendrán acceso al mercado con el mismo tratamiento fiscal, crediticio y de otro género. Las facilidades sectoriales o regionales deben ser concedidas en igualdad de condiciones. El monopolio y la reserva de actividades deben ser previstos por ley, contemplando el marco de los acuerdos de integración.

Art. 4 Empresa pública o con participación estatal

Los actos que realicen y las relaciones creadas por las empresas públicas en el ejercicio de su actividad empresarial están sujetas a las mismas normas que regulan los actos de las otras empresas sin distinciones ni privilegios. La participación del capital estatal no modifica el derecho aplicable a las sociedades.

TITULO II - TUTELA DE LA COMPETENCIA

Art. 5 - Prohibición de actos que atentan contra la libre competencia, Abuso de posición dominante.

1. Quedan prohibidos y serán sancionados de conformidad con la ley, los acuerdos y las prácticas concertadas que tengan por objeto o como efecto, impedir, restringir o distorsionar la competencia en la producción e intercambio de bienes y servicios. La inaplicabilidad de las precedentes prohibiciones será decidida por regulación expresa de las autoridades, fundándose en motivos de mejoramiento de la producción y la distribución o en el fomento del progreso técnico y económico. Queda también prohibida la concentración del poder económico en una o más empresas que, mediante el control que adquieren o ejercen sobre otra u otras, produzca consecuencias dañosas al eliminar total o parcialmente la competencia.

2. Será sancionado el abuso de posición dominante por el cual una o más empresas obstaculicen o impidan la competencia efectiva en el mercado.

Art. 6 - Actos anticompetitivos

Además de otros establecidos por las disposiciones nacionales se consideran comprendidos en el artículo anterior los actos que consistan en:

- a) imponer o acordar, directa o indirectamente, precios de compra o de venta y otras condiciones no equitativas en las transacciones;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo tecnológico o las inversiones;
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que ocasionen una desventaja competitiva;
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que ocasionen una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que por su naturaleza o según los usos comerciales, no guarden relación con el objeto de esos contratos;
- f) repartir mercados o fuentes de abastecimiento.

Art. 7 - Organismos de aplicación

Los organismos de aplicación de las normas sobre competencia en los países del MERCOSUR, mantendrán un sistema permanente de comunicación, coordinación y cooperación procurando armonizar la interpretación de esas normas.

TITULO III CONTRATOS DE COOPERACION ENTRE EMPRESAS

Art. 8 Formas de cooperación entre empresas, Responsabilidad de los partícipes

La colaboración entre empresas en el desarrollo de sus actividades podrá asumir formas contractuales tales como el consorcio, la unión transitoria de empresas, el grupo de intereses económico, el riesgo compartido y las agrupaciones de colaboración. En estos casos las empresas se mantienen independientes y la responsabilidad frente a terceros se regirá por el contrato de cooperación publicitado en la forma establecida por ley y por los contratos particulares eventualmente celebrados al efecto con terceros.

TITULO IV - LOS GRUPOS DE EMPRESAS

Art. 9 - Ambito de aplicación

A los efectos del presente Título se entiende por controlante la empresa que ejerce respecto de una o más sociedades, actividades de coordinación y de dirección por medio de la participación en el capital de estas últimas.

Art. 10 - Formación del grupo

En la adquisición del control de sociedades se debe respetar el interés de los socios minoritarios y de los acreedores, inclusive de la empresa controlante.

Art. 11 - Balance Consolidado del Grupo - Informe de los Administradores de la Empresa Controlante

La empresa controlante deberá confeccionar y publicitar el balance consolidado del grupo del cual resulte su situación patrimonial y financiera, así como las utilidades y pérdidas del mismo.

Los administradores de las sociedades controladas deberán rendir cuenta separadamente de las operaciones concluidas con la empresa controlante o con otras empresas del grupo o con terceros, a pedido o en el interés aun indirectos de la empresa controlante.

Art. 12 Deberes y responsabilidades de la Empresa Controlante, Responsabilidad de los administradores en el grupo

La empresa controlante tiene la obligación de mantener indemne a la sociedades controladas de todo perjuicio derivado de seguir las directivas o instrucciones de la controlante. No tendrán derecho a reclamar indemnización si se comprueba una compensación adecuada en un período razonable.

La empresa controlante y sus administradores responden solidariamente con los administradores de las sociedades controladas por los daños ocasionados sin la compensación adecuada.

Los acreedores y socios minoritarios de las sociedades controladas tienen el derecho de promover acción de responsabilidad por los daños sufridos personalmente. Los socios minoritarios podrán reclamar también la reparación de los daños causados a la sociedad y podrán requerir la designación de un administrador judicial.

TITULO V - PROTECCION AL CONSUMIDOR

Art. 13 - En las relaciones con los consumidores, la empresa debe actuar con lealtad y buena fe, lo que impone – entre otros – los siguientes deberes:

- a) publicitar los bienes o servicios ofrecidos, de forma tal que no induzca a error o engaño;
- b) informar al consumidor sobre los riesgos y características inherentes al producto ofrecido.

Art. 14 La empresa será responsable por los daños sufridos por el consumidor en su salud, cuando el producto no responda a la seguridad que era dable esperar.

La responsabilidad en este caso será objetiva y el sujeto imputado solo podrá liberarse probando la causa ajena.

Art. 15 La responsabilidad del fabricante por defecto del producto se extenderá al fabricante del componente implicado en la causación del daño, al importador, al distribuidor y a todo aquel que haya puesto su marca, nombre o cualquier otro signo distintivo sobre el producto. La responsabilidad en estos casos es indistinta.

Sin perjuicio de la garantía por vicios redhibitorios, responderán solidariamente por los defectos de calidad y cantidad del producto, que lo tornen inadecuado para la función atribuida o que disminuyan su valor.

TITULO VI - LA CRISIS DE LA EMPRESA

Art. 16 - Procedimientos de superación. Crisis irreversible. Procedimientos especiales

Las crisis de la empresa puede ser superada por procedimientos extrajudiciales o judiciales. Tales procedimientos deben ser reservados a las empresas económicamente viables.

Las empresas cuya crisis sea irreversible o cuya superación exija un sacrificio irrazonable de los intereses de los acreedores deben ser liquidadas judicialmente.

La ley podrá prever que por razones de interés general algunas empresas queden sometidas a procedimientos preventivos o liquidatorios especiales, lo que puede extenderse a las empresas que exploten servicios públicos.

Art. 17 Responsabilidad de administradores

La ley debe prever acciones que permitan hacer efectiva la responsabilidad de aquellos que han administrado la empresa en crisis.

Art. 18 - Conservación de la empresa

La liquidación debe perseguir en la medida de lo posible, la preservación total o parcial de las unidades productivas,

Con el objeto de lograr un mejor resultado en la liquidación, puede autorizarse la continuidad de la explotación de la empresa, excepcionalmente y por tiempo limitado a la finalidad perseguida.

Art. 19 - Crisis de empresas que forman un grupo

La crisis de las empresas del grupo puede ser superada mediante fusión, escisión, venta o liquidación de una o varias empresas.

En caso de procedimiento judicial este deberá ser único.