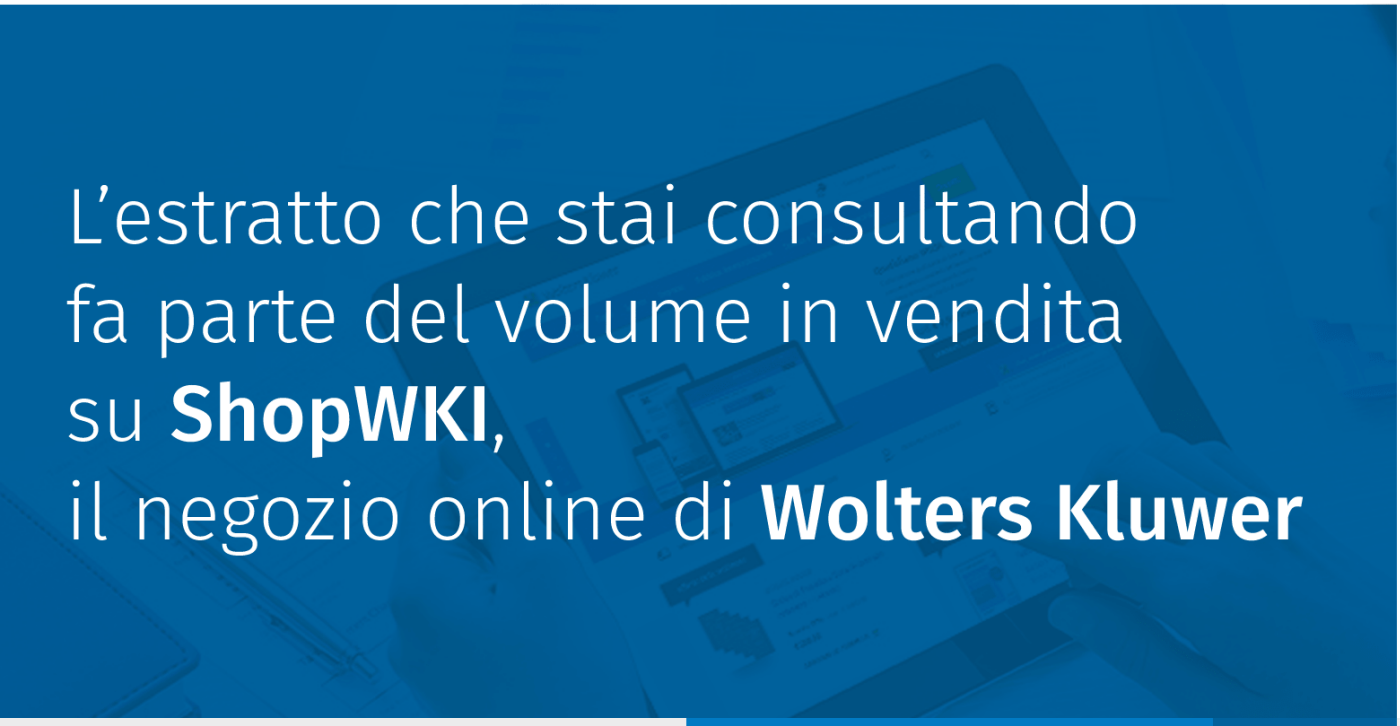
Wolters Kluwer



L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

Torna al libro

CEDAM IPSOA UTET GIURIDICA il fisco ALTALEX

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

IPSOA

# Le Società

Mensile di diritto e pratica commerciale societaria e fiscale

ISSN 1591-2094 - ANNO XLII - Direzione e redazione - Via dei Missaglia 97 - 20142 Milano

1/2023

edicolaprofessionale.com/lesocieta

## Divieti e limitazioni per le operazioni societarie derivanti dalla normativa "golden powers"

## La tutela dell'azionista da rapporti di cambio incongrui

## *Itinerario della giurisprudenza*
## La società cooperativa

**DIREZIONE SCIENTIFICA**

**Diritto societario**
Angelo Busani
Marco Lamandini
Renato Rordorf
Vincenzo Salafia
Alberto Toffoletto

**Diritto dei mercati finanziari**
Paolo Giudici

**Valutazioni e bilancio**
Mauro Bini

**Diritto penale commerciale**
Carlo Enrico Paliero

**Processo, arbitrato e mediazione**
Ilaria Pagni

TARIFFA R.O.C.: POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO

00260707
5 000002 607073

Wolters Kluwer

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

**La Biblioteca del Wealth Management**

# Il Trust

## Istituzione, gestione, cessazione, tassazione. Tecnica redazionale

**Di Angelo Busani**

Il volume affronta l'argomento del Trust a 360 gradi, con estrema specificità.

**Aggiornato** anche con la **Circolare 34/E del 2022** che ha riconosciuto l'atto di dotazione del trust quasi completamente estraneo all'applicazione dell'imposizione proporzionale.

Y26OMCL

Wolters Kluwer

wolterskluwer.com

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



## DIRITTO Ssocietario

**Golden Powers** DIVIETI E LIMITAZIONI PER LE OPERAZIONI SOCIETARIE DERIVANTI DALLA NORMATIVA "*GOLDEN POWERS*"
di *Angelo Busani* **5**

**Società cooperativa sociale** Corte di Giustizia UE, Sez. VIII, 7 luglio 2022, cause riunite C-213/21 e C-214/21 **21**
LA NOZIONE UNIONALE DI ORGANIZZAZIONE NON LUCRATIVA TRA CONTRATTI PUBBLICI, TERZO SETTORE E TRASPORTI SANITARI DI URGENZA
di *Emanuele Cusa* **26**

***Start up* innovativa** Cassazione Civile, Sez. I, 7 luglio 2022, n. 32491 **37**
L'ISCRIZIONE NELLA SEZIONE SPECIALE DEL REGISTRO DELLE IMPRESE QUALE PRESUPPOSTO NECESSARIO MA NON SUFFICIENTE PER ESONERARE LE *START-UP* INNOVATIVE DAL FALLIMENTO
di *Giuseppe Percoco* **41**

**Recesso** Tribunale di Bologna 30 giugno 2022 **50**
IL RECESSO CONVENZIONALE *AD NUTUM* NELLE S.N.C.: EFFICACIA, PUBBLICITÀ E RAPPORTI CON L'*EXIT* CONTROLLATO
di *Davide Bertani* **53**

**Controllo individuale del socio** Tribunale di Milano 29 aprile 2022 **61**
SULL'ESERCIZIO DEL CONTROLLO INDIVIDUALE DEL SOCIO DI S.R.L. *EX* ART. 2476, COMMA 2, C.C., IN UNA PROSPETTIVA DI GRUPPO
di *Elisabetta Codazzi* **64**

## DIRITTO DEI MERCATI FINANZIARI

**Risarcimento del danno da inadempimento** Cassazione Civile, Sez. I, 5 maggio 2022, n. 14178 **73**
VALORE RESIDUO DEGLI STRUMENTI FINANZIARI E LIQUIDAZIONE DEL DANNO ALL'INVESTITORE
di *Daniele Maffeis* **77**

## DIRITTO PENALE COMMERCIALE

**Tutela dei *riders*** LO SFRUTTAMENTO DEL LAVORO DEI "*RIDERS*" TRA PREVENZIONE E REPRESSIONE
di *Francesca Vitarelli* **83**

## PROCESSO, ARBITRATO E MEDIAZIONE

**Rapporti di cambio incongrui** LA TUTELA DELL'AZIONISTA DA RAPPORTI DI CAMBIO INCONGRUI. UN'ANALISI COMPARATISTICA SULL'EFFETTIVITÀ DEI RIMEDI
di *Nicola de Luca* e *Luca Troisi* **93**

## ITINERARI DELLA GIURISPRUDENZA

LA SOCIETÀ COOPERATIVA
a cura di *Guido Bonfante* **102**

## OSSERVATORI

GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ
a cura di *Romilda Giuffrè* **111**

GIURISPRUDENZA DI MERITO
a cura di *Martino Andreoni* e *Alessandra Stabilini* **113**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



CONSOB
a cura di *Angelo Busani* e *Giampaolo Grasso* **117**

FISCALE
a cura di *Massimo Gabelli* **120**

EUROPEO
a cura di *Marco Stillo* **124**

## INDICI

Indice Autori, Cronologico, Analitico **127**

**PROCEDURA DI REVISIONE**

I contributi inviati per la pubblicazione alla Rivista Le Società, su iniziativa dell'autore o su richiesta della Direzione scientifica, sono sottoposti alla procedura di revisione c.d. "a doppio cieco".
La procedura garantisce il rispetto dell'anonimato dell'autore e del revisore.
La valutazione è affidata a un membro del Comitato per la valutazione scelto a rotazione in base alla competenza per materia.
I componenti del Comitato per la valutazione sono indicati in ordine alfabetico in ciascun fascicolo della Rivista.
Il revisore riceve una scheda di valutazione da compilare entro il termine indicato.
Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la Direzione scientifica si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.
Se la valutazione è positiva il contributo è pubblicabile.
In caso di valutazione positiva condizionata a revisione o modifica, la Direzione autorizza la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del contributo alle osservazioni del revisore.
In caso di valutazione negativa, il contributo non è pubblicabile.
La Direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di revisione.

**COMITATO PER LA VALUTAZIONE**

F. Annunziata, P. Biavati, G. Bonfante, C. Consolo, L. De Angelis, M. Fabiani, G. Fauceglia, G. Ferri, G. Guizzi, F.P. Luiso, V. Meli, S. Menchini, F. Mucciarelli, A. Pericu, M. Perrino, A. Perrone, C. Piergallini, A. Rossi, S. Rossi, L. Salvaneschi, L. Stanghellini, G.M. Zamperetti

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



Golden Powers

# Divieti e limitazioni per le operazioni societarie derivanti dalla normativa "*golden powers*"

di Angelo Busani

La legislazione in tema di *golden powers* (la normativa "di base" è recata dal D.L. n. 21/2012, oggetto di continue variazioni: alcune norme sono in vigore dal 1° gennaio 2023 mentre altre hanno cessato la loro vigenza il 31 dicembre 2022) dispone la nullità di taluni atti, deliberazioni e operazioni posti in essere in ambito societario nonché la sospensione del diritto di voto in assemblea nell'ambito delle sanzioni che sono comminate in caso di violazione degli obblighi che la legge dispone a presidio (*i*) del sistema di difesa e sicurezza nazionale, (*ii*) dell'interesse nazionale nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni e (*iii*) dell'interesse nazionale ad evitare pericoli per la sicurezza e l'ordine pubblico, imponendo un correlato divieto di compimento, da parte delle società, di tali atti, deliberazioni e operazioni. Si tratta di una legislazione di assai difficile lettura in quanto si assommano, alla sua ontologica complessità tecnica, la sua frammentazione in una molteplicità di fonti normative (di rango primario e secondario) e le sue assai frequenti innovazioni.

*The legislation on golden powers (the 'basic' regulation is contained in Decree-Law no. 21/2012, which is subject to continuous variations: some rules have been in force since 1 January 2023 while others ceased to be in force on 31 December 2022) provides for the voidance of certain acts, resolutions and operations carried out in the corporate framework as well as the suspension of the right to vote in shareholders' meetings as part of the sanctions that are imposed in the event of violation of the obligations that the law provides for protecting (i) the national defence and security system (ii) the national interest in the energy, transport and communications sectors, and (iii) the national interest in avoiding dangers to security and public order by imposing a corresponding prohibition on the performance by companies of such acts, resolutions and operations. This is a very difficult piece of legislation to read as its ontological technical complexity is compounded by its fragmentation into a multiplicity of regulatory sources (primary and secondary) and its very frequent innovations.*

La previsione della nullità di taluni atti, deliberazioni e operazioni posti in essere in ambito societario (e, quindi, del divieto di porli in essere) e della sospensione del diritto di voto in assemblea sono alcune delle principali sanzioni correlate all'adempimento degli obblighi che la legislazione (1) in tema di "poteri speciali" del Governo dispone a presidio (2):

(1) La normativa "di base" è recata dal D.L. 15 marzo 2012, n. 21 (intitolato "Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni"), convertito in L. 11 maggio 2012, n. 56.

(2) Cfr., in materia, S. Alvaro, *Poteri speciali e mercati finanziari. Il ritorno dello Stato nei mercati finanziari?*, in G. Della Cananea, L. Fiorentino (a cura di), *I "poteri speciali" del Governo nei settori strategici*, Napoli, 2020, 193; S. Alvaro, M. Lamandini, A. Police, I. Tarola, *La nuova via della seta e gli investimenti esteri diretti in settori ad alta intensità tecnologica. Il* golden power *dello Stato italiano e le infrastrutture finanziarie*, in *Quaderni giuridici Consob*, 2019, 20, 45; B.P. Amicarelli, *Il* golden power *fra istruttoria viziata e principio di legalità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 5, 646; L. Ardizzone, M.L. Vitali, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 935; F. Bassan, *Dalla* golden share *al* golden power*: il cambio di paradigma europeo nell'intervento dello Stato sull'economia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, 1, 57; F. Bianconi, *I* golden powers *nella legislazione d'emergenza: riflessioni a margine dell'estensione dei poteri speciali governativi*, in *Contr. e impr.*, 2022, 1, 202; M. Clarich, *La disciplina del* golden power *in Italia e l'estensione dei poteri speciali alle reti 5G*, in G. Napolitano (a cura di), *Il controllo sugli investimenti esteri*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



a) del sistema di difesa e sicurezza nazionale (3);
b) dell'interesse nazionale nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni; e:
c) dell'interesse nazionale a evitare pericoli per la sicurezza e l'ordine pubblico;
imponendo un correlato divieto di compimento, da parte delle società, di tali atti, deliberazioni e operazioni.
Si tratta di una legislazione di assai difficile lettura, in quanto si assommano, alla sua ontologica complessità tecnica, la sua frammentazione in una molteplicità di fonti normative (di rango primario e secondario) e continue evoluzioni (talune di esse in vigore dal 1° gennaio 2023). Qui di seguito il tentativo di illustrare, con organicità, questa materia nella sua completezza, al fine di offrire un'indicazione operativa per le molteplici situazioni professionali nelle quali si tratta di gestire queste problematiche.

## Divieti e nullità inerenti all'esercizio del potere di veto per la tutela del sistema di difesa e sicurezza nazionale

Con riferimento a determinate attività (4) di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, la legge (5) prescrive che, in caso di

*diretti*, Bologna, 2020, 117; A. Comino, Golden powers *per dimenticare la* golden share*: le nuove forme di intervento pubblico sugli assetti societari nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 1019; M. D'Alberti, *Il* golden power *in Italia*, in G. Napolitano (a cura di), *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, 2020, 83; A. Dentamaro, *Dai servizi di pubblica utilità alle attività strategiche: "poteri speciali"* ex *artt. 1 e 2 d.l. n. 21/2012 nella circolazione delle partecipazioni azionarie*, in *Riv. dir. soc.*, 2014, 344; A. Forte, *I poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale*, in *Nomos*, 2014, 3, 1; R. Garofoli, *Il controllo sugli investimenti esteri*, in G. Napolitano (a cura di), *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, 2020, 91; M. Lamandini, F. Pellegrini, *Libera circolazione dei capitali, diritto di stabilimento e diritti speciali a favore dello stato: dalla* golden share *al* golden power, in M.V. Benedettelli, M. Lamandini, (diretto da), *Dir. soc. eur. int.*, Milano, 2017, 107; R. Lener, *Brevi note sul* golden power *nel "settore finanziario" alla luce del Decreto Liquidità*, in *An. giur. ec.*, 2020, 545; G. Marra, *L'assetto dei poteri speciali per il controllo degli investimenti dal 1994 al d.l. Liquidità n. 23/2020*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 312; L. Marroni, *Brevi riflessioni a margine delle disposizioni sul* Golden power, in *Amm. fin.*, 2020, 12, 45; L. Masotto, *Il* golden power *alla prova del procedimento e del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 5, 662; M. Merola, *Il* golden power *nella conversione del Decreto Liquidità: precisazioni in attesa del decreto attuativo*, in *belex.com*, 10 giugno 2020; M. Merola, L. Perfetti, *Il* Golden Power *rafforzato fino al 30 giugno 2021: decreti attuativi, coordinamento UE e nuove modalità di notifica*, in *belex.com*, 18 gennaio 2021; G. Napolitano, *L'irresistibile ascesa del* golden power *e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 5, 549; G. Napolitano, *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale*, in *Riv. reg. merc.*, 2019, 1, 4; G. Napolitano, *I* golden powers *italiani alla prova del Regolamento Europeo*, in G. Napolitano (a cura di), *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, 2020, 120; A. Paccione, *Il* Golden Power *e il principio di legalità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 5, 655; F. Riganti, *I* golden powers *italiani tra "vecchie" privatizzazioni e "nuova" disciplina emergenziale*, in *Nuove leggi civ.*, 2020, 4, 867; F. Riganti, *Investimenti esteri diretti e supervisione finanziaria e bancaria: dal "governo" delle banche al governo nelle banche?*, in *Banca impr. soc.*, 2022, 105; F. Riganti, Golden Powers - *Annotazioni critiche in tema di* Golden Powers *e Stato regolatore del mercato*, in *Giur. it.*, 2022, 8-9, 1909; M. Rescigno, E. Rimini, Golden power *e coronavirus: regole per l'emergenza o per il futuro*, in *An. giur. econ.*, 2020, 517; A. Sacco Ginevri, *I "*golden powers*" dello Stato nei settori strategici dell'economia*, in *federalismi.it*, 16 novembre 2016; A. Sacco Ginevri, *L'espansione dei* golden powers *fra sovranismo e globalizzazione*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, I, 151; A. Sacco Ginevri, Golden power *e funzionamento delle imprese strategiche*, in G. Napolitano (a cura di), *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, 2020, 159; A. Sacco Ginevri, *I* golden powers *fra Stato e mercato ai tempi del Covid-19*, in *Giur. comm.*, 2021, 282; A. Sacco Ginevri, Golden powers *e banche nella prospettiva del diritto dell'economia*, in *Riv. reg. merc.*, 2021, 55; C. San Mauro, *I poteri speciali del Governo nei confronti delle società che operano nei settori strategici: dalla* golden share *ai* golden power, in *Foro amm.*, 2015, 2951; G. Scarchillo, *Dalla* Golden Share *al* Golden Power*: la storia infinita di uno strumento societario. Profili di diritto europeo e comparato*, in *Contr. e impr. Europa*, 2015, 2, 619; G. Scarchillo, Golden powers *e settori strategici nella prospettiva europea: il caso Huawei. Un primo commento al regolamento (UE) 2019/452 sul controllo degli investimenti estri diretti*, in *Dir. comm. int.*, 2020, 569; G. Serafin, Golden power*: vecchi problemi e nuovi temi societari*, in *Riv. ODC*, 2021, 1007; A. Triscornia, Golden power*: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, in *Riv. Società*, 2019, 4, 733; G. Vigna, *Le decisioni del governo riguardanti la tecnologia 5G*, in G. Della Cananea, L. Fiorentino (a cura di), *I "poteri speciali" del Governo nei settori strategici*, Napoli, 2020, 243.

(3) Ai sensi dell'art. 1-*bis*, D.L. n. 21/2012, costituiscono attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale anche i servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G. Al riguardo, la norma in questione impone alle imprese che intendano acquisire, a qualsiasi titolo, beni o servizi relativi alla progettazione, alla realizzazione, alla manutenzione e alla gestione di tali servizi l'obbligo di notificare alla Presidenza del Consiglio dei Ministri un piano annuale ove, tra l'altro, sia esplicitato il programma degli acquisti. Il Governo può approvare il piano, statuire il veto o imporre specifiche prescrizioni o condizioni (ed è prescritta la nullità dei contratti che siano stipulati in violazione di tali prescrizioni o condizioni).

(4) Tali attività (ai sensi dell'art. 1, comma 1-*bis*, D.L. n. 21/2012) sono quelle individuate dal D.P.C.M. 6 giugno 2014, n. 108, il cui art. 4, comma 1, prescrive che l'esercizio dei poteri speciali non si applica alle tipologie di atti e operazioni, posti in essere all'interno di un medesimo gruppo, fermi restando, in ogni caso, gli obblighi di notifica e comunicazione di cui all'art. 1, commi 4 e 5, D.L. n. 21/2012 (e fermo restando - ai sensi del successivo comma 2 - che l'esercizio dei poteri speciali continua a essere applicabile in presenza di elementi informativi circa la minaccia di un grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale). Nell'art. 1 del D.P.C.M. 108/2014 sono individuate le attività di rilevanza strategica e le attività strategiche chiave nei settori della difesa e della sicurezza nazionale di competenza del Ministero della difesa; nell'art. 2 sono individuate le attività di rilevanza strategica e le attività strategiche chiave nei settori della sicurezza nazionale di competenza del Ministero dell'interno; nell'art. 3 sono individuate le attività di rilevanza strategica nei settori della sicurezza nazionale di competenza del Ministero dell'interno e del Ministero della difesa.

(5) Art. 1, comma 1, lett. b), D.L. n. 21/2012.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (6) può essere esercitato il "potere speciale" di veto (7) (al fine di salvaguardare la sicurezza degli approvvigionamenti, la sicurezza delle informazioni, i trasferimenti tecnologici, il controllo delle esportazioni) verso l'adozione di delibere, atti e operazioni (8) dell'assemblea o degli organi di amministrazione di imprese che abbiano l'effetto di modificare la titolarità, il controllo o la disponibilità di tali attività strategiche.

Nell'ambito di detti delibere, atti e operazioni (che, primariamente, concernono l'acquisizione di quote di partecipazione al capitale di società) (9) sono ricompresi, in particolare, anche quelli inerenti (10):
- alla fusione o alla scissione di società;
- al trasferimento dell'azienda o di rami di essa o di società controllate;
- al trasferimento all'estero della sede sociale;
- alla modifica dell'oggetto sociale;
- allo scioglimento di società;
- alla modifica di clausole statutarie adottate ai sensi dell'art. 2351, comma 3 (11), c.c., oppure introdotte

(6) Adottato su conforme deliberazione del Consiglio dei Ministri, da trasmettere tempestivamente e per estratto alle Commissioni parlamentari competenti. La procedura da svolgere per giungere all'emanazione del decreto recante il veto è normata dal d.P.R. 19 febbraio 2014, n. 35, e dal D.P.C.M. 1° agosto 2022, n. 133 (sostitutivo del D.P.C.M. 6 agosto 2014). Qualora ritenga di non far luogo all'esercizio del potere di veto, il Governo può impartire all'impresa "eventuali raccomandazioni" (art. 5, lett. i, D.P.C.M. n. 133/2022); qualora, nel corso dell'istruttoria svolta dal Gruppo di coordinamento preposto all'esame delle notifiche, si ravvisi di non doversi far luogo all'esercizio del potere di veto, all'impresa viene trasmessa la relativa deliberazione, che può contenere "raccomandazioni" (art. 6, D.P.C.M. n. 133/2022).

(7) Dal fatto che la legge attribuisca al Governo il potere di veto (e il correlato obbligo di notifica) si deriva, evidentemente, in linea di principio, che fin quando il potere di veto è esercitabile, vige un divieto di compimento dell'operazione oggetto di notifica.

(8) Al fine di valutare la minaccia di grave pregiudizio agli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale derivante da tali delibere, atti o operazioni, il Governo considera (art. 1, comma 2, D.L. n. 21/2012), tenendo conto dell'oggetto della delibera, dell'atto o dell'operazione, la rilevanza strategica dei beni o delle imprese oggetto di trasferimento, l'idoneità dell'assetto risultante dalla delibera, dall'atto o dall'operazione a garantire l'integrità del sistema di difesa e sicurezza nazionale, la sicurezza delle informazioni relative alla difesa militare, gli interessi internazionali dello Stato, la protezione del territorio nazionale, delle infrastrutture critiche e strategiche e delle frontiere, nonché gli elementi di cui all'art. 1, comma 3, D.L. n. 21/2012.

(9) Al fine di valutare la minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale, derivante dall'acquisto di quote di partecipazione al capitale di società, il Governo, nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, considera (art. 1, comma 3, D.L. n. 21/2012), alla luce della potenziale influenza dell'acquirente sulla società, anche in ragione della entità della partecipazione acquisita:
a) l'adeguatezza, tenuto conto anche delle modalità di finanziamento dell'acquisizione, della capacità economica, finanziaria, tecnica e organizzativa dell'acquirente nonché del progetto industriale, rispetto alla regolare prosecuzione delle attività, al mantenimento del patrimonio tecnologico, anche con riferimento alle attività strategiche chiave, alla sicurezza e alla continuità degli approvvigionamenti, oltre che alla corretta e puntuale esecuzione degli obblighi contrattuali assunti nei confronti di pubbliche amministrazioni, direttamente o indirettamente, dalla società le cui partecipazioni sono oggetto di acquisizione, con specifico riguardo ai rapporti relativi alla difesa nazionale, all'ordine pubblico e alla sicurezza nazionale;
b) l'esistenza, tenuto conto anche delle posizioni ufficiali dell'Unione europea, di motivi oggettivi che facciano ritenere possibile la sussistenza di legami fra l'acquirente e Paesi terzi che non riconoscono i principi di democrazia o dello Stato di diritto, che non rispettano le norme del diritto internazionale o che hanno assunto comportamenti a rischio nei confronti della comunità internazionale, desunti dalla natura delle loro alleanze, o hanno rapporti con organizzazioni criminali o terroristiche o con soggetti ad esse comunque collegati.
Qualora l'acquisto di quote di partecipazione al capitale di società, sia effettuato da un soggetto esterno all'Unione europea (di cui all'art. 2, comma 5-*bis*, D.L. n. 21/2012) il Governo può considerare altresì le seguenti circostanze: a) che l'acquirente sia direttamente o indirettamente controllato dall'amministrazione pubblica, compresi organismi statali o forze armate, di un Paese non appartenente all'Unione europea, anche attraverso l'assetto proprietario o finanziamenti consistenti; b) che l'acquirente sia già stato coinvolto in attività che incidono sulla sicurezza o sull'ordine pubblico in uno Stato membro dell'Unione europea; c) che vi sia un grave rischio che l'acquirente intraprenda attività illegali o criminali (art. 1, comma 3-*bis*, D.L. n. 21/2012).
Ai sensi dell'art. 2, comma 5-*bis*, D.L. n. 21/2012, per soggetto esterno all'Unione europea si intende:
a) qualsiasi persona fisica che non abbia la cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione europea;
b) qualsiasi persona fisica che abbia la cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione europea e che non abbia la residenza, la dimora abituale ovvero il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo o che non sia comunque *ivi* stabilita;
c) qualsiasi persona giuridica che non abbia la sede legale o dell'amministrazione ovvero il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo o che non sia comunque *ivi* stabilita;
d) qualsiasi persona giuridica che abbia stabilito la sede legale o dell'amministrazione o il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo, o che sia comunque *ivi* stabilita, e che risulti controllata, direttamente o indirettamente, da una persona fisica o da una persona giuridica di cui alle lett. a), b) e c);
e) qualsiasi persona fisica o persona giuridica che abbia la cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo che abbia stabilito la residenza, la dimora abituale, la sede legale o dell'amministrazione ovvero il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea, o che sia comunque *ivi* stabilita, qualora sussistano elementi che indichino un comportamento elusivo rispetto all'applicazione della disciplina di cui al D.L. n. 21/2012.

(10) Art. 1, comma 1, lett. b), D.L. n. 21/2012.

(11) L'art. 2351, comma 3, c.c., dispone che lo statuto può prevedere la creazione di azioni con diritto di voto plurimo anche per particolari argomenti o subordinato al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative; e che ciascuna azione a voto plurimo può avere fino a un massimo di tre voti.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



ai sensi dell'art. 3, comma 1 (12), D.L. 31 maggio 1994, n. 332 (13);
- le cessioni di diritti reali o di utilizzo relative a beni materiali o immateriali e l'assegnazione degli stessi a titolo di garanzia o l'assunzione di vincoli che ne condizionino l'impiego, anche in ragione della sottoposizione dell'impresa a procedure concorsuali.

Nonostante la delicatezza della materia imponga di procedere con la dovuta cautela, è abbastanza plausibile che il divieto di porre in essere operazioni anteriori all'esercizio (o al mancato esercizio) del potere di veto concerna solo l'atto "finale" di quelle operazioni per la cui effettuazione occorra completare un procedimento composto da una pluralità di "passaggi". In particolare, con riferimento alle operazioni di fusione/scissione pare plausibile (14) ritenere che il divieto concerna la stipula dell'atto di fusione o scissione e non anche gli atti che compongono il procedimento da compiere per poter giungere alla stipula dell'atto di fusione/scissione (vale a dire, l'approvazione del progetto di fusione o scissione da parte dell'organo amministrativo, la pubblicazione del progetto, l'approvazione del progetto con deliberazioni delle assemblee delle società interessate, la pubblicazione di queste deliberazioni, la stipula dell'atto di fusione/scissione e, alfine, la sua pubblicazione). Ovviamente, alla notifica (15) dovrà farsi luogo non appena compiuto il (o in vista del compimento del) "primo atto" del procedimento, vale a dire l'approvazione del progetto di fusione/scissione da parte degli organi amministrativi delle società che siano coinvolte nell'operazione. Altrettanto ovviamente, se si giunge a svolgere le assemblee dei soci delle società partecipanti all'operazione di fusione/scissione, nel "mandato" che usualmente l'assemblea conferisce a un suo amministratore per stipulare l'atto di fusione/scissione, si dovrà specificare con evidenza che il "mandatario" potrà agire solo nel caso in cui il potere di veto non sia esercitato.

Il potere di veto (e il complementare divieto di porre in essere l'operazione) può altresì concernere la "*costituzione di imprese*" il cui oggetto sociale ricomprenda lo svolgimento di attività di rilevanza strategica oppure che dispongano di attivi di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale (16). Anche in questo caso non è esattamente chiaro se l'atto costitutivo possa essere stipulato, mantenendo la società inattiva (o addirittura non iscritta nel Registro Imprese) (17) oppure se oggetto di notifica debba concernere l'intenzione di stipularlo. Il testo di legge ("[...] *la costituzione di imprese* [...] *è notificata* [...]") depone nel senso di poter procedere (18) alla costituzione e alla iscrizione nel Registro Imprese, mantenendo la società inattiva (e di sciogliere la società, in caso di veto, in applicazione dell'art. 2332, comma 4, c.c.); quindi, dato che in

(12) L'art. 3, comma 1, D.L. n. 332/1994, dispone che le società operanti nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti, delle comunicazioni e degli altri pubblici servizi, nonché le banche e le imprese assicurative, direttamente o indirettamente controllate dallo Stato o da enti pubblici anche territoriali ed economici, possono introdurre nello statuto un limite massimo di possesso azionario non superiore, per le società operanti nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, dei trasporti, delle comunicazioni, dell'energia e degli altri pubblici servizi, al cinque per cento, riferito al singolo socio, al suo nucleo familiare, comprendente il socio stesso, il coniuge non separato legalmente e i figli minori, ed al gruppo di appartenenza: per tale intendendosi il soggetto, anche non avente forma societaria, che esercita il controllo, le società controllate e quelle controllate da uno stesso soggetto controllante, nonché le società collegate; il limite riguarda altresì i soggetti che, direttamente o indirettamente, anche tramite controllate, società fiduciarie o interposta persona aderiscono anche con terzi ad accordi relativi all'esercizio del diritto di voto o al trasferimento di azioni o quote di società terze o comunque ad accordi o patti di cui all'art. 10, comma 4, L. 18 febbraio 1992, n. 149, in relazione a società terze, qualora tali accordi o patti riguardino almeno il dieci per cento delle quote o delle azioni con diritto di voto se si tratta di società quotate, o il venti per cento se si tratta di società non quotate.

(13) Intitolato "Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni" e convertito in L. 30 luglio 1994, n. 474.

(14) Cfr., nel medesimo senso, F. Zabban, *Golden Power: questioni applicative*, in *federnotizie.it*, 30 novembre 2022.

(15) Fatta salva l'eventualità di far ricorso alla procedura di "prenotifica" di cui all'art. 7, D.P.C.M. 1° agosto 2022, n. 133.

(16) Art. 1, comma 5-*bis*, D.L. n. 21/2012.

(17) La stipula dell'atto costitutivo della società senza poi procedere alla sua iscrizione nel Registro Imprese è un procedimento previsto, ad esempio, nel caso di società preordinate allo svolgimento dell'attività bancaria. In tale caso vi è però una fonte normativa (la Circolare della Banca d'Italia n. 285 del 17 dicembre 2013, giunta al suo 40° aggiornamento del 2 novembre 2022, che dispone sul punto nel suo Titolo I, Capitolo 1, Sezione V, rubricata "Autorizzazione all'attività bancaria per le società di nuova costituzione") la quale permette di tenere l'atto costitutivo in stand-by, mentre nel caso della normativa *golden powers* manca una espressa previsione normativa (quando invece gli artt. 2330, comma 1, e 2463, comma 3, c.c., impongono di procedere tempestivamente al deposito dell'atto costitutivo di società di capitali al fine della sua iscrizione nel Registro Imprese).

(18) In senso contrario, cfr. F. Zabban, Golden Power*: questioni applicative*, in *federnotizie.it*, 30 novembre 2022, per il quale "appare preferibile accedere ad un'interpretazione prudente della norma, che riconduca l'atto costitutivo nel novero degli atti che necessitano del preventivo ottenimento dell'autorizzazione *Golden Power*". Invece G. Quatraro, *Il* Golden Power*, evoluzione normativa*, in *federnotizie.it*, 22 ottobre 2022, pare prediligere l'adozione di "una soluzione prudenziale, consistente nel procedere alla notifica preventiva dell'intenzione di costituire una società operante nei settori di cui all'art. 1, comma 1, D.L. n. 21/2012, sulla falsariga del procedimento contemplato dal comma 4 dell'art. 4, D.L. n. 21/2012, nel quale si stabilisce che la notifica debba contenere un'informativa completa sull'atto da compiere, in modo da consentire il tempestivo esercizio del potere di veto da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



caso di costituzione con conferimento d'azienda, non appare possibile tenere la società inattiva, occorre discriminare tra il caso della costituzione con conferimento di denaro, ove si rende plausibile la notifica posteriore (in questa fattispecie, peraltro, è difficile ipotizzare che si tratti di un atto, di per sé, integrante una "minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale"), e il caso della costituzione con conferimento d'azienda, ove la notifica deve essere anteriore alla stipula dell'atto costitutivo. In quest'ultimo caso, si potrebbe pensare di procedere alla costituzione della società con solo conferimento di denaro, rimandando il conferimento dell'azienda a un futuro aumento di capitale, una volta effettuata la notifica e avendo ottenuto la contezza del mancato esercizio del potere di veto.

Al fine di permettere l'esercizio del predetto potere di veto (il quale può anche consistere, invece che nel divieto di effettuare atti, deliberazioni e operazioni, nell'imposizione di specifiche prescrizioni o condizioni ogniqualvolta ciò sia sufficiente ad assicurare la tutela degli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale), è prescritto (19) che l'impresa deve (20) notificare (21) alla Presidenza del Consiglio dei Ministri (22) una informativa completa sulla delibera, sull'atto o sull'operazione da adottare. Si tratta evidentemente di un obbligo di notifica da adempiere in via preventiva (23) rispetto al compimento dell'operazione.

Entro quarantacinque giorni dalla notifica il Presidente del Consiglio dei Ministri comunica l'eventuale decreto di veto (24); qualora non sia adottato un provvedimento di veto entro il predetto termine, l'operazione oggetto di notifica può essere effettuata (25) (pertanto, prima del decorso del termine o, anteriormente, prima della ricezione di un provvedimento che attesti l'intenzione del Governo di non apporre il veto, l'operazione oggetto di notifica non può essere effettuata e, se effettuata, sarebbe fulminata di nullità, come oltre illustrato).

Tale termine di quarantacinque giorni (fermo restando che le richieste di informazioni e le richieste istruttorie a soggetti terzi successive alla prima non sospendono i termini; e che in caso di incompletezza della notifica, il termine di quarantacinque giorni decorre dal ricevimento delle informazioni o degli elementi che la integrano) è sospeso per una sola volta, fino al ricevimento delle informazioni richieste, qualora il Governo ritenga necessario richiedere informazioni all'impresa (in tal caso, le informazioni devono esser rese entro il termine di dieci giorni) oppure formulare richieste istruttorie a soggetti terzi (in tal caso, le informazioni devono esser rese entro il termine di venti giorni) (art. 1, comma 4, D.L. n. 21/2012).

Per il caso di violazione delle prescrizioni dettate dal D.L. n. 21/2012 al fine di consentire l'emanazione del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri recante l'esercizio dello speciale potere di veto, la legge commina, tra le altre (26), la sanzione della nullità di delibere, atti e operazioni (art. 1, comma 4, D.L. n. 21/2012).

(19) Art. 1, comma 4, D.L. n. 21/2012.

(20) Fatto salvo il caso (per evitare duplicazioni procedurali) che l'operazione sia in corso di valutazione o sia già stata valutata ai sensi dell'art. 1, comma 5, D.L. n. 21/2012, di cui oltre.

(21) Il contenuto e la trasmissione della notifica sono disciplinati dall'art. 5, d.P.R. 19 febbraio 2014, n. 35.

(22) Dalla notifica non deriva per la Presidenza del Consiglio dei Ministri né per l'impresa l'obbligo di notifica al pubblico di cui all'art. 114, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (art. 1, comma 4, D.L. n. 21/2012).

(23) Cfr. in tal senso G. Quatraro, *Il* Golden Power*, evoluzione normativa*, in *federnotizie.it*, 22 ottobre 2022, secondo la quale "la notifica dell'informativa completa dell'operazione (la norma parla di atto od operazione da adottare) deve essere compiuta prima del compimento dell'atto, e che il mancato rispetto della norma comporta la nullità dell'atto compiuto in violazione (la norma parla di delibere o atti adottati in violazione)".

(24) Adottato su conforme deliberazione del Consiglio dei Ministri, da trasmettere tempestivamente e per estratto alle Commissioni parlamentari competenti. La procedura da svolgere per giungere all'emanazione del decreto recante il veto è normata dal d.P.R. 19 febbraio 2014, n. 35, e dal D.P.C.M. 1° agosto 2022, n. 133 (sostitutivo del D.P.C.M. 6 agosto 2014). Qualora ritenga di non far luogo all'esercizio del potere di veto, il Governo può impartire all'impresa "eventuali raccomandazioni" (art. 5, lett. i, D.P.C.M. n. 133/2022); qualora, nel corso dell'istruttoria svolta dal Gruppo di coordinamento preposto all'esame delle notifiche, si ravvisi di non doversi far luogo all'esercizio dei poteri speciali, all'impresa viene trasmessa la relativa deliberazione, che può contenere "raccomandazioni" (art. 6, D.P.C.M. n. 133/2022).

(25) Art. 1, comma 4, D.L. n. 21/2012.

(26) Ai sensi dell'art. 1, comma 8-*bis*, D.L. n. 21/2012, salvo che il fatto costituisca reato, chiunque non osservi gli obblighi di notifica di cui all'art. 1, D.L. n. 21/2012, è soggetto a una sanzione amministrativa pecuniaria fino al doppio del valore dell'operazione e comunque non inferiore all'uno per cento del fatturato cumulato realizzato dalle imprese coinvolte nell'ultimo esercizio per il quale sia stato approvato il bilancio. Nei casi di violazione dei predetti obblighi di notifica, la Presidenza del Consiglio dei Ministri può comunque avviare il procedimento ai fini dell'eventuale esercizio del potere di veto, del potere di imposizione di specifiche condizioni e il potere di opposizione di cui all'art. 1, comma 1, D.L. n. 21/2012; in tal caso, il termine di quarantacinque giorni per l'esercizio dei poteri speciali decorre dalla conclusione del procedimento di accertamento della violazione dell'obbligo di notifica.

Il Governo può altresì ingiungere alla società e all'eventuale controparte di ripristinare a proprie spese la situazione anteriore. Inoltre, salvo che il fatto costituisca reato, chiunque non osservi gli obblighi di cui all'art. 1, comma 4, D.L. n. 21/2012, *ivi* compresi quelli derivanti dal provvedimento di esercizio del potere del Governo eventualmente esercitato nella forma dell'imposizione di specifiche prescrizioni o condizioni, è soggetto a una sanzione amministrativa pecuniaria fino al doppio del valore dell'operazione e comunque non inferiore all'uno per cento del fatturato cumulato realizzato dalle imprese coinvolte nell'ultimo esercizio per il quale sia stato approvato il bilancio (art. 1, comma 4, D.L. n. 21/2012).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



### Divieti, nullità e sospensione del diritto di voto inerenti all'obbligo di notifica relativo all'acquisizione di quote di partecipazione per la tutela del sistema di difesa e sicurezza nazionale

Sempre relativamente alle predette attività (27) di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, in caso di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale, la legge prescrive che, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (28), possano anche essere esercitati i seguenti ulteriori "*poteri speciali*" (29):

- la "*imposizione di specifiche condizioni*" relative alla sicurezza degli approvvigionamenti, alla sicurezza delle informazioni, ai trasferimenti tecnologici, al controllo delle esportazioni, nel caso di acquisto (concetto nel quale deve intendersi ricompresa anche la "*costituzione di imprese*") (30), a qualsiasi titolo, di "partecipazioni rilevanti" in imprese che svolgono attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale (31);
- la "*opposizione all'acquisto*", a qualsiasi titolo, di "partecipazioni rilevanti" in imprese che svolgono attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale da parte di un soggetto diverso dallo Stato italiano, enti pubblici italiani o soggetti da questi controllati, qualora l'acquirente venga a detenere, direttamente o indirettamente, anche attraverso acquisizioni successive, per interposta persona o tramite soggetti altrimenti collegati, un livello della partecipazione (32) al capitale con diritto di voto in grado di compromettere, nel caso specifico, gli interessi della difesa e della sicurezza nazionale (33).

L'espressione "opposizione all'acquisto" indubbiamente non è felice, in quanto evoca un divieto di acquisto, trattandosi invece, come oltre si vedrà, dell'esercizio di un potere speciale che si traduce in un obbligo di cessione della quota di partecipazione di cui sia stato effettuato l'acquisto. Invero, la notifica prescritta dalla norma in esame appare essere un *posterior* (e non un *prius*) rispetto all'acquisizione della quota di partecipazione, come è dimostrato dal fatto che la legge prevede la sospensione del diritto di voto inerente alla quota di partecipazione oggetto di notifica nonché, appunto, il suo obbligo di cessione (34). In questa materia, comunque, la cautela è d'obbligo e, quindi, nella prassi professionale, si

Il procedimento di irrogazione delle sanzioni è disciplinato dall'art. 8, d.P.R. 19 febbraio 2014, n. 35, e dall'art. 9, D.P.C.M. 1° agosto 2022, n. 133.

(27) Tali attività (ai sensi dell'art. 1, comma 1-*bis*, D.L. n. 21/2012) sono quelle (di cui sopra alla Nota n. 4) individuate dal D.P.C.M. 6 giugno 2014, n. 108, il cui art. 4, comma 1, prescrive che l'esercizio dei poteri speciali non si applica alle tipologie di atti e operazioni, posti in essere all'interno di un medesimo gruppo, fermi restando, in ogni caso, gli obblighi di notifica e comunicazione di cui all'art. 1, commi 4 e 5, D.L. n. 21/2012 (e fermo restando - ai sensi del successivo comma 2 - che l'esercizio dei poteri speciali continua a essere applicabile in presenza di elementi informativi circa la minaccia di un grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale).

(28) Adottato su conforme deliberazione del Consiglio dei Ministri, da trasmettere tempestivamente e per estratto alle Commissioni parlamentari competenti. La procedura da svolgere per giungere all'emanazione del decreto recante l'esercizio dei poteri speciali è normata dal d.P.R. 19 febbraio 2014, n. 35, e dal D.P.C.M. 1° agosto 2022, n. 133 (sostitutivo del D.P.C.M. 6 agosto 2014). Qualora ritenga di non far luogo all'esercizio dei poteri speciali, il Governo può impartire all'impresa "eventuali raccomandazioni" (art. 5, lett. i, D.P.C.M. n. 133/2022); qualora, nel corso dell'istruttoria svolta dal Gruppo di coordinamento preposto all'esame delle notifiche, si ravvisi di non doversi far luogo all'esercizio dei poteri speciali, all'impresa viene trasmessa la relativa deliberazione, che può contenere "raccomandazioni" (art. 6, D.P.C.M. n. 133/2022).

(29) Al fine di valutare la minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale, derivante dall'acquisto di quote di partecipazione al capitale di società, il Governo, nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, effettua le considerazioni di cui all'art. 1, comma 3, D.L. n. 21/2012 (si veda la precedente nt. 9).
Qualora l'acquisto di quote di partecipazione al capitale di società, sia effettuato da un soggetto esterno all'Unione europea (di cui all'art. 2, comma 5-*bis*, D.L. n. 21/2012) il Governo può considerare le ulteriori circostanze di cui all'art. 1, comma 3-*bis*, D.L. n. 21/2012) (si veda, di nuovo la precedente nt. 9).
La nozione di soggetto esterno all'Unione europea è contenuta nell'art. 2, comma 5-*bis*, D.L. n. 21/2012 (si veda sempre la precedente nt. 9).

(30) Il concetto di "acquisto" deve essere esteso, ai sensi dell'art. 1, comma 5-*bis*, D.L. n. 21/2012, anche al caso della "*costituzione di imprese*" il cui oggetto sociale ricomprenda lo svolgimento di attività di rilevanza strategica ovvero che detengono attivi di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale. Quindi, anche in questa fattispecie il Governo ha il potere di imporre "*specifiche condizioni*"; e pure in questo caso deve essere ripetuto quanto sopra osservato (in sede di commento all'esercizio del potere di veto) in ordine al problema se la notifica debba essere fatta anteriormente alla stipula dell'atto costitutivo della società o se possa esser effettuata posteriormente.

(31) Art. 1, comma 1, lett. a), D.L. n. 21/2012.

(32) A tale fine, si considera altresì ricompresa nel perimetro applicativo della normativa in esame la partecipazione detenuta da terzi con i quali l'acquirente abbia stipulato un patto parasociale ai sensi dell'art. 122, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, oppure ai sensi dell'art. 2341-*bis* c.c. (art. 1, comma 1, lett. c, D.L. n. 21/2012).

(33) Art. 1, comma 1, lett. c), D.L. n. 21/2012.

(34) Anche secondo G. Quatraro, *Il* Golden Power*, evoluzione normativa*, in *federnotizie.it*, 22 ottobre 2022, "la notifica dell'atto di acquisto avviene in un momento successivo allo stesso (si parla di notifica della acquisizione - quindi già effettuata)" e "laddove il Governo imponga, a posteriori, particolari condizioni o il divieto di acquisto, quest'ultimo resta valido ed efficace, ma l'acquirente della partecipazione non può esercitare il voto e, in caso di opposizione, è tenuto a cedere le quote entro un anno". Nel medesimo senso, cfr. F. Zabban, Golden Power*: questioni applicative*, in *federnotizie.it*, 30 novembre 2022.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



rende massimamente opportuno ricorrere alla procedura di "pre-notifica" (35) oppure sottoporre l'efficacia del contratto alla condizione sospensiva consistente nel rilascio dell'autorizzazione.

Al fine dell'esercizio dei predetti poteri speciali (di cui all'art. 1, comma 1, lett. a, e c, D.L. n. 21/2012), il soggetto che acquisisce una "partecipazione rilevante" in imprese (quotate, o meno, in mercati regolamentati) che svolgono attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, deve notificare l'acquisizione (36), entro dieci giorni, alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, qualora (37):

- il soggetto acquirente, a seguito dell'acquisizione, divenga titolare di una quota di partecipazione superiore al tre per cento del capitale sociale;
- il soggetto acquirente, anche a seguito di successive acquisizioni, divenga titolare di una quota di partecipazione superiore al cinque, al dieci, al quindici, al venti, al venticinque e al cinquanta per cento del capitale sociale.

La notifica (38) deve essere effettuata (39) dal soggetto acquirente, congiuntamente, ove possibile (40), alla società *target*, e deve contenere le informazioni necessarie, comprensive di una descrizione generale del progetto di acquisizione, del soggetto acquirente e del suo ambito di operatività.

Entro quarantacinque giorni dalla notifica il Presidente del Consiglio dei Ministri comunica l'imposizione delle "specifiche condizioni" (di cui all'art. 1, comma 1, lett. a, D.L. n. 21/2012) o l'opposizione all'acquisto (di cui all'art. 1, comma 1, lett. c, D.L. n. 21/2012).

Tale termine di quarantacinque giorni (fermo restando che le richieste di informazioni e le richieste istruttorie a soggetti terzi successive alla prima non sospendono i termini; e che in caso di incompletezza della notifica, il termine di quarantacinque giorni decorre dal ricevimento delle informazioni o degli elementi che la integrano) è sospeso è sospeso per una sola volta, fino al ricevimento delle informazioni richieste, qualora il Governo ritenga necessario richiedere informazioni all'impresa (in tal caso, le informazioni devono esser rese entro il termine di dieci giorni) oppure formulare richieste istruttorie a soggetti terzi (in tal caso, le informazioni devono esser rese entro il termine di venti giorni) (art. 1, comma 5, D.L. n. 21/2012).

I diritti di voto e comunque quelli aventi contenuto diverso da quello patrimoniale, connessi alle azioni o quote che rappresentano la partecipazione rilevante, sono sospesi (art. 1, comma 5, D.L. n. 21/2012):

- fino al decorso del termine per l'imposizione di condizioni o per l'esercizio del potere di opposizione;
- in caso di eventuale inadempimento o violazione delle condizioni imposte all'acquirente, per tutto il periodo in cui perdura l'inadempimento o la violazione.

Detti inadempimento o violazione altresì provocano la nullità delle deliberazioni eventualmente adottate con il voto determinante derivante dalla partecipazione rilevante nonché la nullità delle deliberazioni e degli atti adottati con violazione o inadempimento delle condizioni imposte (41).

In caso di esercizio del potere di opposizione all'acquisto da parte del Governo (42):

- il soggetto acquirente non può esercitare i diritti di voto e comunque quelli aventi contenuto diverso da quello patrimoniale, connessi alle azioni o quote che rappresentano la partecipazione rilevante;
- il soggetto acquirente deve cedere le stesse azioni o quote entro un anno (in caso di mancata ottemperanza il tribunale, su richiesta della Presidenza del Consiglio dei Ministri, ordina la vendita delle suddette azioni o quote secondo le procedure di cui all'art. 2359-*ter* (43) c.c.);
- sono nulle le deliberazioni assembleari eventualmente adottate con il voto determinante relativo alla partecipazione rilevante.

(35) Di cui all'art. 7, D.P.C.M. 1° agosto 2022, n. 133.

(36) Come già sopra osservato, in questo caso l'effettuazione della notifica è prevista dalla legge in via successiva al compimento dell'operazione oggetto di notifica. È comunque opportuno, stante la delicatezza della materia, procedere con cautela, ad esempio ricorrendo alla procedura di "pre-notifica" di cui all'art. 7, D.P.C.M. 1° agosto 2022, n. 133, oppure sottoponendo l'efficacia del contratto alla condizione sospensiva consistente nel non esercizio del potere di veto.

(37) Art. 1, comma 5, D.L. n. 21/2012.

(38) Il contenuto e la trasmissione della notifica sono disciplinati dall'art. 5, d.P.R. 19 febbraio 2014, n. 35.

(39) Art. 1, comma 5, D.L. n. 21/2012.

(40) Nel caso in cui la notifica non sia effettuata nella predetta forma congiunta, la società notificante deve trasmettere alla società le cui partecipazioni sono oggetto dell'acquisto, contestualmente alla notifica, una informativa, contenente gli elementi essenziali dell'operazione e della stessa notifica, al fine di consentire alla società target di partecipare al procedimento (entro quindici giorni dalla notifica, la società acquisita può presentare memorie e documenti alla Presidenza del Consiglio dei Ministri).

(41) Art. 1, comma 5, D.L. n. 21/2012. Inoltre, la società acquirente e la società le cui partecipazioni sono oggetto dell'acquisto che non osservino le condizioni imposte sono altresì soggette, salvo che il fatto costituisca reato, a una sanzione amministrativa pecuniaria pari al doppio del valore dell'operazione e comunque non inferiore all'1 per cento del fatturato realizzato nell'ultimo esercizio per il quale sia stato approvato il bilancio. Il procedimento di irrogazione delle sanzioni è disciplinato dall'art. 8, d.P.R. 19 febbraio 2014, n. 35, e dall'art. 9, D.P.C.M. 1° agosto 2022, n. 133.

(42) Art. 1, comma 5, D.L. n. 21/2012.

(43) L'art. 2359-*ter* c.c. dispone che le azioni o le quote devono essere alienate secondo modalità da determinarsi dall'assemblea dei soci. In mancanza, si deve procedere senza indugio al loro

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



## Divieti e nullità inerenti al potere di veto per la tutela dell'interesse nazionale nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni

Con riguardo a determinati asset (44) di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni (e, cioè, relativamente a reti e impianti, compresi quelli necessari ad assicurare l'approvvigionamento minimo e l'operatività dei servizi pubblici essenziali, a beni e rapporti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale, anche se oggetto di concessioni, comunque affidate, incluse le concessioni di grande derivazione idroelettrica e di coltivazione di risorse geotermiche), la legge prescrive (45) che, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (46) può essere esercitato (47) il "potere speciale" di veto verso l'adozione di qualsiasi delibera, atto o operazione, da parte di un'impresa (la quale sia dotata di uno o più di tali asset rilevanti) che abbiano l'effetto di apportare modifiche alla titolarità, al controllo o alla disponibilità degli attivi medesimi o di determinare il cambiamento della loro destinazione.

Nell'ambito di detti delibere, atti e operazioni (che, primariamente, concernono l'acquisizione di quote di partecipazione al capitale di società) sono ricompresi, in particolare (48):
- la fusione o la scissione della società;
- il trasferimento all'estero della sede sociale;
- la modifica dell'oggetto sociale;
- lo scioglimento della società;
- la modifica di clausole statutarie adottate ai sensi dell'art. 2351, comma 3 (49), c.c., oppure introdotte ai sensi dell'art. 3, comma 1 (50), D.L. n. 31 maggio 1994, n. 332 (51);
- il trasferimento dell'azienda o di rami di essa in cui siano compresi detti asset rilevanti o l'assegnazione degli stessi a titolo di garanzia;
- il trasferimento di società controllate che detengono i predetti asset rilevanti.

La legge (52) dispone che il potere di veto (53) (e il complementare divieto di porre in essere l'operazione) può altresì concernere la "*costituzione di imprese*" il cui oggetto sociale abbia attinenza ai predetti asset di rilevanza strategica nei settori

annullamento e alla corrispondente riduzione del capitale. Qualora l'assemblea non provveda, gli amministratori e i sindaci devono chiedere che la riduzione sia disposta dal Tribunale.

(44) Tali attività (ai sensi dell'art. 2, comma 1, D.L. n. 21/2012) sono quelle individuate dal D.P.C.M. 23 dicembre 2020, n. 180 (sostitutivo del d.P.R. 25 marzo 2014, n. 85), il cui art. 4, comma 2, prescrive che l'esercizio dei poteri speciali non si applica alle tipologie di atti e operazioni, posti in essere all'interno di un medesimo gruppo, fermi restando, in ogni caso, gli obblighi di notifica e comunicazione di cui all'art. 2, comma 2, D.L. n. 21/2012. L'art. 1, D.P.C.M. 180/2020, individua gli attivi di rilevanza strategica nel settore energetico; l'art. 2, individua gli attivi di rilevanza strategica nel settore trasporti; l'art. 3, individua gli attivi di rilevanza strategica nel settore comunicazioni.

(45) Art. 2, commi 1, 2 e 4, D.L. n. 21/2012.

(46) Adottato su conforme deliberazione del Consiglio dei Ministri, da trasmettere tempestivamente e per estratto alle Commissioni parlamentari competenti. La procedura da svolgere per giungere all'emanazione del decreto recante l'esercizio del potere di veto è normata dal d.P.R. 25 marzo 2014, n. 86, e dal D.P.C.M. 1° agosto 2022, n. 133 (sostitutivo del D.P.C.M. 6 agosto 2014). Qualora ritenga di non far luogo all'esercizio del potere di veto, il Governo può impartire all'impresa "eventuali raccomandazioni" (art. 5, lett. i, D.P.C.M. n. 133/2022); qualora, nel corso dell'istruttoria svolta dal Gruppo di coordinamento preposto all'esame delle notifiche, si ravvisi di non doversi far luogo all'esercizio del potere di veto, all'impresa viene trasmessa la relativa deliberazione, che può contenere "raccomandazioni" (art. 6, D.P.C.M. n. 133/2022).

(47) Fermo restando l'obbligo di notifica, i poteri speciali si applicano (ai sensi dell'art. 4, comma 1, D.P.C.M. 23 dicembre 2020, n. 180) nella misura in cui la tutela degli interessi essenziali dello Stato, *ivi* compresi quelli connessi a un adeguato sviluppo infrastrutturale, non sia adeguatamente garantita dalla sussistenza di una specifica regolamentazione di settore, anche di natura convenzionale connessa a uno specifico rapporto concessorio.

(48) Art. 2, comma 2, D.L. n. 21/2012.

(49) L'art. 2351, comma 3, c.c., dispone che lo statuto può prevedere la creazione di azioni con diritto di voto plurimo anche per particolari argomenti o subordinato al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative; e che ciascuna azione a voto plurimo può avere fino a un massimo di tre voti.

(50) L'art. 3, comma 1, D.L. n. 332/1994 dispone che le società operanti nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti, delle comunicazioni e degli altri pubblici servizi, nonché le banche e le imprese assicurative, direttamente o indirettamente controllate dallo Stato o da enti pubblici anche territoriali ed economici, possono introdurre nello statuto un limite massimo di possesso azionario non superiore, per le società operanti nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, dei trasporti, delle comunicazioni, dell'energia e degli altri pubblici servizi, al cinque per cento, riferito al singolo socio, al suo nucleo familiare, comprendente il socio stesso, il coniuge non separato legalmente e i figli minori, ed al gruppo di appartenenza: per tale intendendosi il soggetto, anche non avente forma societaria, che esercita il controllo, le società controllate e quelle controllate da uno stesso soggetto controllante, nonché le società collegate; il limite riguarda altresì i soggetti che, direttamente o indirettamente, anche tramite controllate, società fiduciarie o interposta persona aderiscono anche con terzi ad accordi relativi all'esercizio del diritto di voto o al trasferimento di azioni o quote di società terze o comunque ad accordi o patti di cui all'art. 10, comma 4, L. 18 febbraio 1992, n. 149, in relazione a società terze, qualora tali accordi o patti riguardino almeno il dieci per cento delle quote o delle azioni con diritto di voto se si tratta di società quotate, o il venti per cento se si tratta di società non quotate.

(51) Intitolato "Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni" e convertito in L. 30 luglio 1994, n. 474.

(52) Art. 2, comma 7-*bis*, D.L. n. 21/2012.

(53) Ma anche il potere di condizionare la costituzione della società all'assunzione di impegni diretti a garantire la tutela dei predetti interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni oppure che dispongano di tali asset (54).

Al fine di permettere l'esercizio del potere di veto (55) è prescritto (56) che l'impresa deve (57) notificare (58) alla Presidenza del Consiglio dei Ministri (59), la delibera, l'atto o l'operazione, "*entro dieci giorni e comunque prima che vi sia data attuazione*", in modo da consentire il tempestivo esercizio del potere di veto.

Il testo della legge evoca l'idea che l'interesse tutelato non sia tanto la formazione degli strumenti giuridici recanti le delibere, gli atti e le operazioni in parola, quanto, appunto, la loro "attuazione"; di talché, seppur con tutte le cautele del caso concreto (prima tra tutte, l'avvalimento della procedura di "pre-notifica" (60)), pare potersi procedere a una notifica successiva al compimento dell'operazione, senza però darvi attuazione (ad esempio, ricorrendo alla stipula di un contratto preliminare e utilizzando il meccanismo della condizione sospensiva).

Entro quarantacinque giorni dalla notifica, il Presidente del Consiglio dei Ministri comunica l'eventuale decreto di veto; in mancanza di un provvedimento di veto entro il predetto termine, l'operazione oggetto di notifica può essere effettuata.

Fino alla notifica e, comunque, fino al decorso dei termini previsti per l'emanazione del decreto di veto, "*è sospesa l'efficacia della delibera, dell'atto o dell'operazione rilevante*" (61). Anche questa espressione normativa lascia intendere (seppur dovendosi procedere con tutte le cautele, stante la delicatezza dalla materia in esame) che non vi sia tanto un divieto di adottare/stipulare le delibere, gli atti o le operazioni in questione, ma "solo" vi sia un divieto attinente alla loro "attuazione", come sopra osservato.

Tale termine di quarantacinque giorni (fermo restando che le richieste di informazioni e le richieste istruttorie a soggetti terzi successive alla prima non sospendono i termini; e che in caso di incompletezza della notifica, il termine di quarantacinque giorni decorre dal ricevimento delle informazioni o degli elementi che la integrano) è sospeso (62) per una sola volta, fino al ricevimento delle informazioni richieste, qualora il Governo ritenga necessario richiedere informazioni all'impresa (in tal caso, le informazioni devono esser rese entro il termine di dieci giorni) oppure formulare richieste istruttorie a soggetti terzi (in tal caso, le informazioni devono esser rese entro il termine di venti giorni).

Per il caso di violazione delle prescrizioni dettate dal D.L. n. 21/2012 al fine di consentire l'emanazione del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri recante l'esercizio dello speciale potere di veto, la legge (63) commina, tra le altre (64), la sanzione della nullità di delibere, atti e operazioni.

(54) Anche in questo caso non è esattamente chiaro se l'atto costitutivo possa essere stipulato, mantenendo la società inattiva (o addirittura non iscritta nel Registro Imprese) oppure se oggetto di notifica debba concernere l'intenzione di stipularlo. Il testo di legge ("[...] *la costituzione di imprese* [...] *è notificata* [...]") depone nel senso di poter procedere alla costituzione e alla iscrizione nel Registro Imprese, mantenendo la società inattiva (e di sciogliere la società, in caso di veto, in applicazione dell'art. 2332, comma 4, c. c.); quindi, dato che in caso di costituzione con conferimento d'azienda, non appare possibile tenere la società inattiva, occorre discriminare tra il caso della costituzione con conferimento di denaro, ove probabilmente si rende plausibile la notifica posteriore, e il caso della costituzione con conferimento d'azienda, ove la notifica deve essere anteriore alla stipula dell'atto costitutivo. In quest'ultima ipotesi, si potrebbe pensare di procedere alla costituzione della società con solo conferimento di denaro, rimandando il conferimento dell'azienda a un futuro aumento di capitale, una volta effettuata la notifica e avendo ottenuto la contezza del mancato esercizio del potere di veto. Secondo G. QUATRARO, *Il Golden Power, evoluzione normativa*, in *federnotizie.it*, 22 ottobre 2022, la "disciplina dettata per le società di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni sembra contemplare un obbligo di notifica che risulta essere sempre successivo rispetto al compimento dell'operazione da notificare".

(55) Ai sensi dell'art. 2, comma 3, D.L. n. 21/2012, la previsione del potere di veto è finalizzata a impedire situazioni o eventi che diano luogo a una situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore, di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti; e può anche consistere, invece che nel divieto di effettuare atti, deliberazioni e operazioni, nell'imposizione di specifiche prescrizioni o condizioni ogniqualvolta ciò sia sufficiente ad assicurare la tutela degli interessi pubblici tutelati.

(56) Art. 2, comma 2, D.L. n. 21/2012.

(57) Fatto salvo il caso (per evitare duplicazioni procedurali) che l'operazione sia in corso di valutazione o sia già stata valutata ai sensi dell'art. 2, comma 5, D.L. n. 21/2012, di cui oltre.

(58) Il contenuto e la trasmissione della notifica sono disciplinati dall'art. 5, d.P.R. 19 febbraio 2014, n. 35.

(59) Dalla notifica non deriva per la Presidenza del Consiglio dei Ministri né per l'impresa l'obbligo di notifica al pubblico di cui all'art. 114, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (art. 1, comma 4, D.L. n. 21/2012).

(60) Di cui all'art. 7, D.P.C.M. 1° agosto 2022, n. 133.

(61) Art. 2, comma 4, D.L. n. 21/2012.

(62) Art. 1, comma 5, D.L. n. 21/2012.

(63) Art. 2, comma 4, D.L. n. 21/2012.

(64) Ai sensi dell'art. 1, comma 8-*bis*, D.L. n. 21/2012, salvo che il fatto costituisca reato, chiunque non osservi gli obblighi di notifica di cui all'art. 1, D.L. n. 21/2012, è soggetto a una sanzione amministrativa pecuniaria fino al doppio del valore dell'operazione e comunque non inferiore all'uno per cento del fatturato cumulato realizzato dalle imprese coinvolte nell'ultimo esercizio per il quale sia stato approvato il bilancio. Nei casi di violazione dei predetti obblighi di notifica, la Presidenza del Consiglio dei ministri può comune avviare il procedimento ai fini dell'eventuale esercizio del potere di veto, del potere di imposizione di specifiche condizioni e il potere di opposizione di cui all'art. 1, comma 1, D.L. n. 21/2012; in tal caso, il termine di quarantacinque giorni per l'esercizio dei poteri speciali decorre dalla conclusione del procedimento di accertamento della violazione dell'obbligo di notifica.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



### Divieti e nullità inerenti al potere di veto per la tutela dell'interesse nazionale a evitare pericoli per la sicurezza e l'ordine pubblico

Relativamente a determinati beni e rapporti (65) di rilevanza strategica per l'interesse nazionale (in ordine alla sussistenza di un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico, compreso il possibile pregiudizio alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti), anche se oggetto di concessioni, comunque affidate, nei settori di cui all'art. 4, par. 1 (66), Reg. UE 2019/452 (67), la legge prescrive (68) che, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (69) può essere esercitato (70) il "potere speciale" di veto verso l'adozione di qualsiasi delibera, atto o operazione, adottati da un'impresa che detenga uno o più di tali attivi rilevanti, che abbia per effetto modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi medesimi a favore di un soggetto esterno all'Unione europea (71) oppure, nei settori delle comunicazioni, dell'energia, dei trasporti, della salute, agroalimentare e finanziario, ivi incluso quello creditizio e assicurativo, anche a favore di un soggetto appartenente all'Unione europea, ivi compresi quelli stabiliti o residenti in Italia.

Nell'ambito di detti delibere, atti e operazioni (che, primariamente, concernono l'acquisizione di quote di partecipazione al capitale di società) sono ricompresi, in particolare (72):

- la fusione e la scissione della società;
- il trasferimento dell'azienda o di rami di essa in cui siano compresi detti attivi rilevanti o l'assegnazione degli stessi a titolo di garanzia;
- il trasferimento di società controllate che detengono i predetti attivi rilevanti;

Il Governo può altresì ingiungere alla società e all'eventuale controparte di ripristinare a proprie spese la situazione anteriore. Inoltre, salvo che il fatto costituisca reato, chiunque non osservi gli obblighi di cui all'art. 1, comma 4, D.L. n. 21/2012, *ivi* compresi quelli derivanti dal provvedimento di esercizio del potere del Governo eventualmente esercitato nella forma dell'imposizione di specifiche prescrizioni o condizioni, è soggetto a una sanzione amministrativa pecuniaria fino al doppio del valore dell'operazione e comunque non inferiore all'uno per cento del fatturato cumulato realizzato dalle imprese coinvolte nell'ultimo esercizio per il quale sia stato approvato il bilancio (art. 2, comma 4, D.L. n. 21/2012). Il procedimento di irrogazione delle sanzioni è disciplinato dall'art. 8, d.P.R. 19 febbraio 2014, n. 35, e dall'art. 9, D.P.C.M. 1° agosto 2022, n. 133.

(65) Tali beni e rapporti (ai sensi dell'art. 2, comma 1-*ter*, D.L. n. 21/2012) sono quelli individuati dal D.P.C.M. 18 dicembre 2020, n. 179, il cui art. 14, comma 2, prescrive che l'esercizio dei poteri speciali non si applica alle tipologie di atti e operazioni, posti in essere all'interno di un medesimo gruppo, fermi restando, in ogni caso, gli obblighi di notifica di cui all'art. 2, comma 2-*bis*, D.L. n. 21/2012 (a meno che - ai sensi del successivo comma 3 - non si sia in presenza di elementi informativi circa la minaccia di un grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti ovvero di un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico). Nel D.P.C.M. 179/2020, l'art. 3 concerne i beni e i rapporti nel settore dell'energia, l'art. 4 i beni e i rapporti nel settore dell'acqua, l'art. 5 i beni e i rapporti nel settore della salute, l'art. 6 i beni e i rapporti nel trattamento, nell'archiviazione e in materia di accesso e controllo di dati e di informazioni sensibili, l'art. 7 i beni e rapporti nel settore delle infrastrutture elettorali, l'art. 8 i beni e i rapporti nel settore finanziario, ivi compreso quello creditizio e assicurativo, e delle infrastrutture dei mercati finanziari, l'art. 9 i beni e i rapporti nei settori dell'intelligenza artificiale, della robotica, dei semiconduttori, della cibersicurezza, delle nanotecnologie e delle biotecnologie, l'art. 10 i beni e rapporti nei settori delle infrastrutture e delle tecnologie aerospaziali non militari, l'art. 11 i beni e i rapporti in tema di approvvigionamento di fattori produttivi e nel settore agroalimentare, l'art. 12 i prodotti a duplice uso e l'art. 13 i beni e i rapporti nel settore della libertà e del pluralismo dei media.

(66) L'art. 4, par. 1, Reg. UE 2019/452, dispone che nel determinare se un investimento estero diretto possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico, gli Stati membri e la Commissione possono prendere in considerazione i suoi effetti potenziali, tra l'altro, a livello di: a) infrastrutture critiche, siano esse fisiche o virtuali, tra cui l'energia, i trasporti, l'acqua, la salute, le comunicazioni, i media, il trattamento o l'archiviazione di dati, le infrastrutture aerospaziali, di difesa, elettorali o finanziarie, e le strutture sensibili, nonché gli investimenti in terreni e immobili fondamentali per l'utilizzo di tali infrastrutture; b) tecnologie critiche e prodotti a duplice uso quali definiti nell'art. 2, punto 1, Reg. CE n. 428/2009 del Consiglio, tra cui l'intelligenza artificiale, la robotica, i semiconduttori, la cibersicurezza, le tecnologie aerospaziali, di difesa, di stoccaggio dell'energia, quantistica e nucleare, nonché le nanotecnologie e le biotecnologie; c) sicurezza dell'approvvigionamento di fattori produttivi critici, tra cui l'energia e le materie prime, nonché la sicurezza alimentare; d) accesso a informazioni sensibili, compresi i dati personali, o la capacità di controllare tali informazioni; o e) libertà e pluralismo dei media.

(67) Il Reg. UE 2019/452 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 marzo 2019 istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione.

(68) Art. 2, commi 1-*ter*, 2-*bis* e 4, D.L. n. 21/2012.

(69) Adottato su conforme deliberazione del Consiglio dei Ministri, da trasmettere tempestivamente e per estratto alle Commissioni parlamentari competenti. La procedura da svolgere per giungere all'emanazione del decreto recante il veto è normata dal d.P.R. 19 febbraio 2014, n. 35, e dal D.P.C.M. 1° agosto 2022, n. 133 (sostitutivo del D.P.C.M. 6 agosto 2014). Qualora ritenga di non far luogo all'esercizio del potere di veto, il Governo può impartire all'impresa "eventuali raccomandazioni" (art. 5, lett. i, D.P.C.M. n. 133/2022); qualora, nel corso dell'istruttoria svolta dal Gruppo di coordinamento preposto all'esame delle notifiche, si ravvisi di non doversi far luogo all'esercizio del potere di veto, all'impresa viene trasmessa la relativa deliberazione, che può contenere "raccomandazioni" (art. 6, D.P.C.M. n. 133/2022).

(70) Fermo restando l'obbligo di notifica, i poteri speciali si applicano (ai sensi dell'art. 14, comma 1, D.P.C.M. 18 dicembre 2020, n. 179) nella misura in cui la tutela degli interessi essenziali dello Stato, *ivi* compresi quelli connessi a un adeguato sviluppo infrastrutturale, non sia adeguatamente garantita dalla sussistenza di una specifica regolamentazione di settore, anche di natura convenzionale connessa a uno specifico rapporto concessorio.

(71) La definizione di soggetto esterno all'Unione europea è recata dall'art. 2, comma 5-*bis*, D.L. n. 21/2012 (si veda la precedente Nota 9).

(72) Art. 2, comma 2-*bis*, D.L. n. 21/2012.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



- il trasferimento di società controllate che abbia per effetto il trasferimento della sede sociale in un Paese non appartenente all'Unione europea.
- qualsiasi delibera, atto od operazione (adottato da un'impresa che detenga uno o più degli attivi rilevanti), che abbia per effetto il cambiamento della loro destinazione;
- la modifica dell'oggetto sociale;
- lo scioglimento della società;
- la modifica di clausole statutarie eventualmente adottate ai sensi dell'art. 2351, comma 3 (73), c.c., oppure introdotte ai sensi dell'art. 3, comma 1 (74), D.L. n. 31 maggio 1994, n. 332 (75).

La legge (76) dispone che il potere di veto (77) (e il complementare divieto di porre in essere l'operazione) può altresì concernere la "*costituzione di imprese*" il cui oggetto sociale abbia attinenza ai predetti asset di rilevanza strategica per l'interesse nazionale (in ordine alla sussistenza di un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico) oppure che dispongano di tali asset. Anche in questo caso non è esattamente chiaro se l'atto costitutivo possa essere stipulato, mantenendo la società inattiva (o addirittura non iscritta nel Registro Imprese) oppure se oggetto di notifica debba concernere l'intenzione di stipularlo (78).

Al fine di permettere l'esercizio del potere di veto, è prescritto (79) che l'impresa deve (80) notificare (81) alla Presidenza del Consiglio dei Ministri (82), la delibera, l'atto o l'operazione, "entro dieci giorni e comunque prima che vi sia data attuazione", in modo da consentire il tempestivo esercizio del potere di veto. Il testo della legge evoca l'idea che l'interesse tutelato non sia tanto la formazione degli strumenti giuridici recanti le delibere, gli atti e le operazioni in parola, quanto, appunto, la loro "attuazione"; di talché, seppur con tutte le cautele del caso concreto (prima tra tutte, l'avvalimento della procedura di "pre-notifica" (83)), pare potersi procedere a una notifica successiva al compimento dell'operazione, senza però darvi attuazione (ad esempio, ricorrendo alla stipula di un contratto preliminare e utilizzando il meccanismo della condizione sospensiva).

Entro quarantacinque giorni dalla notifica il Presidente del Consiglio dei Ministri comunica l'eventuale veto; in mancanza di un provvedimento di veto entro il predetto termine, l'operazione oggetto di notifica può essere effettuata. Fino alla notifica e, comunque, fino al decorso dei termini previsti per l'emanazione del decreto di veto, "*è sospesa l'efficacia della delibera, dell'atto o dell'operazione rilevante*" (84).

(73) L'art. 2351, comma 3, c.c., dispone che lo statuto può prevedere la creazione di azioni con diritto di voto plurimo anche per particolari argomenti o subordinato al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative; e che ciascuna azione a voto plurimo può avere fino a un massimo di tre voti.

(74) L'art. 3, comma 1, D.L. n. 332/1994 dispone che le società operanti nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti, delle comunicazioni e degli altri pubblici servizi, nonché le banche e le imprese assicurative, direttamente o indirettamente controllate dallo Stato o da enti pubblici anche territoriali ed economici, possono introdurre nello statuto un limite massimo di possesso azionario non superiore, per le società operanti nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, dei trasporti, delle comunicazioni, dell'energia e degli altri pubblici servizi, al cinque per cento, riferito al singolo socio, al suo nucleo familiare, comprendente il socio stesso, il coniuge non separato legalmente e i figli minori, ed al gruppo di appartenenza: per tale intendendosi il soggetto, anche non avente forma societaria, che esercita il controllo, le società controllate e quelle controllate da uno stesso soggetto controllante, nonché le società collegate; il limite riguarda altresì i soggetti che, direttamente o indirettamente, anche tramite controllate, società fiduciarie o interposta persona aderiscono anche con terzi ad accordi relativi all'esercizio del diritto di voto o al trasferimento di azioni o quote di società terze o comunque ad accordi o patti di cui all'art. 10, comma 4, L. 18 febbraio 1992, n. 149, in relazione a società terze, qualora tali accordi o patti riguardino almeno il dieci per cento delle quote o delle azioni con diritto di voto se si tratta di società quotate, o il venti per cento se si tratta di società non quotate.

(75) Intitolato "Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni" e convertito in L. 30 luglio 1994, n. 474.

(76) Art. 2, comma 7-*bis*, D.L. n. 21/2012.

(77) Ma anche il potere di condizionare la costituzione della società all'assunzione di impegni diretti a garantire la sicurezza o l'ordine pubblico.

(78) Invero, il testo di legge ("[...] *la costituzione di imprese* [...] *è notificata* [...]" depone nel senso di poter procedere alla costituzione e alla iscrizione nel Registro Imprese, mantenendo la società inattiva (e di sciogliere la società, in caso di veto, in applicazione dell'art. 2332, comma 4, c.c.); quindi, dato che in caso di costituzione con conferimento d'azienda, non appare possibile tenere la società inattiva, occorre discriminare tra il caso della costituzione con conferimento di denaro, ove probabilmente si rende plausibile la notifica posteriore (in questa fattispecie, peraltro, è difficile ipotizzare - stante l'inattività della società - che si tratti di un atto, di per sé, integrante un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico), e il caso della costituzione con conferimento d'azienda, ove la notifica probabilmente deve essere anteriore alla stipula dell'atto costitutivo. In quest'ultima ipotesi, si potrebbe pensare di procedere alla costituzione della società con solo conferimento di denaro, rimandando il conferimento dell'azienda a un futuro aumento di capitale, una volta effettuata la notifica e avendo ottenuto la contezza del mancato esercizio del potere di veto.

(79) Art. 2, comma 2-*bis*, D.L. n. 21/2012.

(80) Fatto salvo il caso (per evitare duplicazioni procedurali) che l'operazione sia in corso di valutazione o sia già stata valutata ai sensi dell'art. 2, comma 5, D.L. n. 21/2012, di cui oltre.

(81) Il contenuto e la trasmissione della notifica sono disciplinati dall'art. 5, d.P.R. 19 febbraio 2014, n. 35.

(82) Dalla notifica non deriva per la Presidenza del Consiglio dei Ministri né per l'impresa l'obbligo di notifica al pubblico di cui all'art. 114, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (art. 1, comma 4, D.L. n. 21/2012).

(83) Di cui all'art. 7, D.P.C.M. 1° agosto 2022, n. 133.

(84) Art. 2, comma 4, D.L. n. 21/2012. Anche questa espressione normativa lascia intendere (seppur dovendosi procedere

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



Tale termine di quarantacinque giorni (fermo restando che le richieste di informazioni e le richieste istruttorie a soggetti terzi successive alla prima non sospendono i termini; e che in caso di incompletezza della notifica, il termine di quarantacinque giorni decorre dal ricevimento delle informazioni o degli elementi che la integrano) è sospeso (85) per una sola volta, fino al ricevimento delle informazioni richieste, qualora il Governo ritenga necessario richiedere informazioni all'impresa (in tal caso, le informazioni devono esser rese entro il termine di dieci giorni) oppure formulare richieste istruttorie a soggetti terzi (in tal caso, le informazioni devono esser rese entro il termine di venti giorni).
La nullità è una delle sanzioni (86) che la legge commina (87) per il caso di violazione delle prescrizioni dettate dal medesimo D.L. n. 21/2012 al fine di consentire l'emanazione del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri recante l'esercizio dello speciale potere di veto.

## Divieti, nullità e sospensione del voto inerenti alla notifica dell'acquisto di partecipazioni in società operanti nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni o dotate di asset strategici per la tutela dell'interesse nazionale a evitare pericoli per la sicurezza e l'ordine pubblico

La legge (88) prescrive l'obbligo di notifica (89), entro dieci giorni, alla Presidenza del Consiglio dei Ministri:
a) dell'acquisto, a qualsiasi titolo (se di rilevanza (90) tale da determinare l'insediamento stabile dell'acquirente in ragione dell'assunzione del controllo della società la cui partecipazione è oggetto dell'acquisto), da parte di un soggetto esterno (91) all'Unione europea, di partecipazioni in società che detengono:
- attivi strategici nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni (92); oppure:
- beni e rapporti (93) di rilevanza strategica per l'interesse nazionale rilevanti in ordine alla

con tutte le cautele, stante la delicatezza dalla materia in esame) che non vi sia tanto un divieto di adottare/stipulare le delibere, gli atti o le operazioni in questione, ma "solo" vi sia un divieto attinente alla loro "attuazione", come sopra osservato.

(85) Art. 2, comma 4, D.L. n. 21/2012.

(86) Ai sensi dell'art. 1, comma 8-*bis*, D.L. n. 21/2012, salvo che il fatto costituisca reato, chiunque non osservi gli obblighi di notifica di cui all'art. 1, D.L. n. 21/2012, è soggetto a una sanzione amministrativa pecuniaria fino al doppio del valore dell'operazione e comunque non inferiore all'uno per cento del fatturato cumulato realizzato dalle imprese coinvolte nell'ultimo esercizio per il quale sia stato approvato il bilancio. Nei casi di violazione dei predetti obblighi di notifica, la Presidenza del Consiglio dei ministri può comune avviare il procedimento ai fini dell'eventuale esercizio del potere di veto, del potere di imposizione di specifiche condizioni e il potere di opposizione di cui all'art. 1, comma 1, D.L. n. 21/2012; in tal caso, il termine di quarantacinque giorni per l'esercizio dei poteri speciali decorre dalla conclusione del procedimento di accertamento della violazione dell'obbligo di notifica.
Il Governo può altresì ingiungere alla società e all'eventuale controparte di ripristinare a proprie spese la situazione anteriore. Inoltre, salvo che il fatto costituisca reato, chiunque non osservi gli obblighi di cui all'art. 1, comma 4, D.L. n. 21/2012, *ivi* compresi quelli derivanti dal provvedimento di esercizio del potere del Governo eventualmente esercitato nella forma dell'imposizione di specifiche prescrizioni o condizioni, è soggetto a una sanzione amministrativa pecuniaria fino al doppio del valore dell'operazione e comunque non inferiore all'uno per cento del fatturato cumulato realizzato dalle imprese coinvolte nell'ultimo esercizio per il quale sia stato approvato il bilancio (art. 2, comma 4, D.L. n. 21/2012).
Il procedimento di irrogazione delle sanzioni è disciplinato dall'art. 8, d.P.R. 19 febbraio 2014, n. 35, e dall'art. 9, D.P.C.M. 1° agosto 2022, n. 133.

(87) Art. 2, comma 4, D.L. n. 21/2012.

(88) Art. 2, comma 5, D.L. n. 21/2012.

(89) Testualmente esprimendosi nel senso che "*L'acquisto a qualsiasi titolo* [...] *è notificato* [...]" (e, pure, per ulteriori ragioni, oltre menzionate), la legge evoca l'idea che la notifica sia successiva al compimento dell'operazione di acquisto; stante la delicatezza della materia, è comunque opportuno procedere con tutte le cautele del caso concreto: ad esempio, l'avvalimento della procedura di "pre-notifica" di cui all'art. 7, D.P.C.M. 1° agosto 2022, n. 133, nonché ricorrendo alla stipula di un contratto preliminare e utilizzando il meccanismo della condizione sospensiva.

(90) Nel computo della partecipazione rilevante si tiene conto della partecipazione detenuta da terzi con cui l'acquirente ha stipulato un patto parasociale ai sensi dell'art. 122, D.Lgs. n. 58/1998 e dell'art. 2341-*bis* c.c.

(91) La definizione di soggetto esterno all'Unione europea è recata dall'art. 2, comma 5-*bis*, D.L. n. 21/2012 (si veda la precedente Nota 9).

(92) E, cioè, relativamente a reti e impianti, compresi quelli necessari ad assicurare l'approvvigionamento minimo e l'operatività dei servizi pubblici essenziali, a beni e rapporti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale, anche se oggetto di concessioni, comunque affidate, incluse le concessioni di grande derivazione idroelettrica e di coltivazione di risorse geotermiche. Tali attività (ai sensi dell'art. 2, comma 5, D.L. n. 21/2012) sono quelle individuate (si veda la precedente Nota 44) dal D.P.C.M. 23 dicembre 2020, n. 180, il cui art. 4, comma 2, prescrive che l'esercizio dei poteri speciali non si applica alle tipologie di atti e operazioni, posti in essere all'interno di un medesimo gruppo, fermi restando, in ogni caso, gli obblighi di notifica e comunicazione di cui all'art. 2, comma 5, D.L. n. 21/2012.

(93) Tali beni e rapporti (ai sensi dell'art. 2, comma 5, D.L. n. 21/2012) sono quelli individuati (si veda la precedente Nota 64) dal D.P.C.M. 18 dicembre 2020, n. 179, il cui art. 14, comma 2, prescrive che l'esercizio dei poteri speciali non si applica alle tipologie di atti e operazioni, posti in essere all'interno di un medesimo gruppo, fermi restando, in ogni caso, gli obblighi di notifica di cui all'art. 2, comma 5, D.L. n. 21/2012 (a meno che - ai sensi del successivo comma 3 - non si sia in presenza di elementi informativi circa la minaccia di un grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti ovvero di un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



sussistenza di un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico, compreso il possibile pregiudizio alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti;
b) dell'acquisto, da parte di un soggetto esterno all'Unione europea, di partecipazioni che attribuiscono una quota dei diritti di voto o del capitale almeno pari al dieci per cento (tenuto conto delle azioni o quote già direttamente o indirettamente possedute), quando il valore complessivo dell'investimento sia pari o superiore a un milione di euro, in società che detengono:
- attivi strategici nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni (94); oppure:
- beni e rapporti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale rilevanti in ordine alla sussistenza di un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico, compreso il possibile pregiudizio alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti;
c) dell'acquisizione, da parte di un soggetto esterno all'Unione europea, che determini il superamento delle soglie del quindici per cento, del venti per cento, del venticinque per cento e del cinquanta per cento del capitale sociale delle società di cui sopra alla lett. b);
d) dell'acquisto (95), a qualsiasi titolo (se di rilevanza (96) tale da determinare l'insediamento stabile dell'acquirente in ragione dell'assunzione del controllo della società la cui partecipazione è oggetto dell'acquisto) da parte di chiunque (e, quindi, anche del soggetto residente in Italia, nei settori delle comunicazioni, dell'energia, dei trasporti, della salute, agroalimentare e finanziario, *ivi* incluso quello creditizio e assicurativo.
La notifica (97) deve essere effettuata dal soggetto acquirente congiuntamente, ove possibile (98), alla società *target*; e deve contenere ogni informazione utile alla descrizione generale del progetto di acquisizione, dell'acquirente e del suo ambito di operatività (99).
La violazione del predetto obbligo di notifica, salvo che il fatto costituisca reato, comporta una sanzione amministrativa pecuniaria fino al doppio del valore dell'operazione e comunque non inferiore all'uno per cento del fatturato cumulato realizzato dalle imprese coinvolte nell'ultimo esercizio per il quale sia stato approvato il bilancio (100).
La legge prescrive (101) che entro quarantacinque giorni (102) dalla notifica, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (103) possano essere esercitati i seguenti poteri speciali:
- qualora l'acquisto sia ritenuto comportare una minaccia di grave pregiudizio agli interessi essenziali (104) dello Stato oppure un pericolo per la sicurezza o per l'ordine pubblico (105), l'efficacia

(94) E, cioè, relativamente a reti e impianti, compresi quelli necessari ad assicurare l'approvvigionamento minimo e l'operatività dei servizi pubblici essenziali, a beni e rapporti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale, anche se oggetto di concessioni, comunque affidate, incluse le concessioni di grande derivazione idroelettrica e di coltivazione di risorse geotermiche.

(95) Questa norma, contenuta nell'art. 2, comma 5, secondo periodo, D.L. n. 21/2012, è in vigore dal 1° gennaio 2023, ai sensi dell'art. 25, comma 2, D.L. 21 marzo 2022, n. 21, convertito in L. 20 maggio 2022, n. 51.

(96) Nel computo della partecipazione rilevante si tiene conto della partecipazione detenuta da terzi con cui l'acquirente ha stipulato un patto parasociale ai sensi dell'art. 122, D.Lgs. n. 58/1998 e dell'2341-*bis* c.c.

(97) Il contenuto e la trasmissione della notifica sono disciplinati dall'art. 5, d.P.R. 19 febbraio 2014, n. 35.

(98) Nei casi in cui la notifica non sia effettuata congiuntamente da tutte le parti dell'operazione, la società notificante deve trasmettere, contestualmente alla notifica, una informativa, contenente gli elementi essenziali dell'operazione e della stessa notifica, alla società le cui partecipazioni sono oggetto dell'acquisto, al fine di consentirne la partecipazione al procedimento.

(99) Art. 2, comma 5, D.L. n. 21/2012.

(100) Art. 2, comma 5, D.L. n. 21/2012. Il procedimento di irrogazione delle sanzioni è disciplinato dall'art. 8, d.P.R. 19 febbraio 2014, n. 35, e dall'art. 9, D.P.C.M. 1° agosto 2022, n. 133.

(101) Art. 2, comma 6, D.L. n. 21/2012.

(102) In caso di incompletezza della notifica, il termine di quarantacinque giorni decorre dal ricevimento delle informazioni o degli elementi che la integrano.
Il termine di quarantacinque giorni è sospeso, per una sola volta: (*i*) qualora si renda necessario richiedere informazioni all'acquirente e alla società le cui partecipazioni sono oggetto dell'acquisto, fino al ricevimento delle informazioni richieste, che devono esser rese entro il termine di dieci giorni; (*ii*) qualora si renda necessario formulare richieste istruttorie a soggetti terzi, fino al ricevimento delle informazioni richieste, che devono esser rese entro il termine di venti giorni. Le richieste di informazioni e le richieste istruttorie a soggetti terzi successive alla prima non sospendono i termini, decorsi i quali i poteri speciali si intendono non esercitati.

(103) Adottato su conforme deliberazione del Consiglio dei Ministri, da trasmettere tempestivamente e per estratto alle Commissioni parlamentari competenti. La procedura da svolgere per giungere all'emanazione del decreto recante l'esercizio dei poteri speciali è normata dal d.P.R. 19 febbraio 2014, n. 35, e dal D.P.C.M. 1° agosto 2022, n. 133 (sostitutivo del D.P.C.M. 6 agosto 2014). Qualora ritenga di non far luogo all'esercizio dei poteri speciali, il Governo può impartire all'impresa "eventuali raccomandazioni" (art. 5, lett. i, D.P.C.M. n. 133/2022); qualora, nel corso dell'istruttoria svolta dal Gruppo di coordinamento preposto all'esame delle notifiche, si ravvisi di non doversi far luogo all'esercizio dei poteri speciali, all'impresa viene trasmessa la relativa deliberazione, che può contenere "raccomandazioni" (art. 6, D.P.C.M. n. 133/2022).

(104) Vi sia, cioè, una situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore, di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti.

(105) Per determinare se un investimento estero possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico è possibile prendere in considerazione le seguenti circostanze: a) che l'acquirente sia direttamente o indirettamente controllato dall'amministrazione pubblica, compresi organismi statali o forze armate, di un Paese

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



dell'acquisto può essere condizionata all'assunzione, da parte dell'acquirente e della società le cui partecipazioni sono oggetto dell'acquisto, di impegni diretti a garantire la tutela dei predetti interessi;
- qualora si ritenga sussistere un eccezionale caso di rischio per la tutela dei predetti interessi, non eliminabili attraverso l'assunzione di impegni diretti a garantire la tutela dei predetti interessi, "*il Governo può opporsi* (106) [...] *all'acquisto*".
Fino al decorso del termine per l'eventuale esercizio del potere di imposizione di impegni o di opposizione, i diritti di voto o comunque quelli aventi contenuto diverso da quello patrimoniale, connessi alle azioni o quote che rappresentano la partecipazione rilevante sono sospesi. Decorso il predetto termine, l'operazione oggetto di notifica può essere effettuata (107).
Qualora il potere del Governo sia esercitato (art. 1, comma 6, D.L. n. 21/2012):
a) nella forma dell'imposizione di impegni, in caso di inadempimento:
- per tutto il periodo in cui perdura l'inadempimento, i diritti di voto o comunque i diritti aventi contenuto diverso da quello patrimoniale, connessi alle azioni o quote che rappresentano la partecipazione rilevante, sono sospesi:
- le delibere eventualmente adottate con il voto determinante di tali azioni o quote, o comunque le delibere o gli atti adottati con violazione o inadempimento delle condizioni imposte, sono nulli;
- la società acquirente e la società le cui partecipazioni sono oggetto dell'acquisto, che non adempiano agli impegni imposti sono altresì soggette, salvo che il fatto costituisca reato, a una sanzione (108) amministrativa pecuniaria pari al doppio del valore dell'operazione, e comunque non inferiore all'uno per cento del fatturato realizzato nell'ultimo esercizio per il quale sia stato approvato il bilancio;
b) nella forma dell'opposizione all'acquisto:
- l'acquirente non può esercitare i diritti di voto e comunque quelli aventi contenuto diverso da quello patrimoniale, connessi alle azioni o quote che rappresentano la partecipazione rilevante;
- le deliberazioni assembleari eventualmente adottate con il voto determinante di tali azioni o quote sono nulle.
- l'acquirente deve cedere entro un anno le azioni o le quote oggetto dell'acquisto verso il quale è stato esercitato il potere di opposizione (in caso di mancata ottemperanza il tribunale, su richiesta del Governo, ordina la vendita delle suddette azioni o quote secondo le procedure di cui all'articolo 2359-*ter* (109) c.c.).

non appartenente all'Unione europea, anche attraverso l'assetto proprietario o finanziamenti consistenti; b) che l'acquirente sia già stato coinvolto in attività che incidono sulla sicurezza o sull'ordine pubblico in uno Stato membro dell'Unione europea; c) che vi sia un grave rischio che l'acquirente intraprenda attività illegali o criminali.

(106) Questa espressione non è felice in quanto evoca un divieto di acquisto, quando, invece, pare trattarsi dell'esercizio di un potere speciale che si traduce in un obbligo di cessione della quota di partecipazione il cui acquisto è oggetto di notifica. Invero, la notifica prescritta dalla norma in esame dovrebbe essere un *posterior* (e non un *prius*) rispetto all'acquisizione della quota di partecipazione, come è dimostrato dal fatto che la legge prevede la sospensione del diritto di voto inerente alla quota di partecipazione la cui acquisizione è oggetto di notifica nonché, appunto, il suo obbligo di cessione. In questa materia, comunque, la cautela è d'obbligo e, quindi, nella prassi professionale, si rende massimamente opportuno ricorrere alla procedura di "pre-notifica" di cui all'art. 7, D.P.C.M. 1° agosto 2022, n. 133, oppure sottoporre l'efficacia del contratto alla condizione sospensiva consistente nel mancato esercizio del potere speciale.

(107) Art. 2, comma 6, D.L. n. 21/2012.

(108) Il procedimento di irrogazione delle sanzioni è disciplinato dall'art. 8, d.P.R. 19 febbraio 2014, n. 35, e dall'art. 9, D.P.C.M. 1° agosto 2022, n. 133.

(109) L'art. 2359-*ter* c.c. dispone che le azioni o le quote devono essere alienate secondo modalità da determinarsi dall'assemblea dei soci. In mancanza, si deve procedere senza indugio al loro annullamento e alla corrispondente riduzione del capitale. Qualora l'assemblea non provveda, gli amministratori e i sindaci devono chiedere che la riduzione sia disposta dal Tribunale.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



**Tabella 1 riassuntiva dei divieti/limitazioni derivanti dalla normativa *Golden Power***

| Ambito tutelato | Potere speciale | Atti soggetti al potere speciale | Divieto/Limitazione |
|---|---|---|---|
| **Sistema di difesa e sicurezza nazionale** (art. 1, comma 1, lett. b, D.L. n. 21/2012) | Potere di veto (oppure di imposizione di specifiche prescrizioni o condizioni) | Delibere, atti e operazioni dell'assemblea o degli organi di amministrazione di imprese; in particolare:<br>- acquisizione di quote di partecipazione al capitale di società;<br>- trasferimento dell'azienda o di rami di essa o di società controllate;<br>- trasferimento all'estero della sede sociale;<br>- modifica dell'oggetto sociale;<br>- scioglimento di società;<br>- modifica di clausole statutarie adottate ai sensi dell'art. 2351, comma 3 (1), c.c., oppure introdotte ai sensi dell'art. 3, comma 1 (2), D.L. n. 332/1994;<br>- cessione di diritti reali o di utilizzo relative a beni materiali o immateriali e assegnazione degli stessi a titolo di garanzia o assunzione di vincoli che ne condizionino l'impiego, anche in ragione della sottoposizione dell'impresa a procedure concorsuali | • Vi è obbligo di notifica preventiva rispetto al compimento dell'operazione<br>• Nullità degli atti compiuti anteriormente alla scadenza del termine per il veto (o al provvedimento recante l'espressione della decisione di non apporre il veto)<br>• Nullità degli atti compiuti in dispregio del veto |
| | | Fusione o scissione di società | È impedito l'atto di fusione/scissione, non il procedimento precedente |
| | | Costituzione di società (art. 1, comma 5-*bis*, D.L. n. 21/2012) | La società può essere costituita ma deve rimanere inattiva |
| **Sistema di difesa e sicurezza nazionale** | Potere di imposizione di specifiche condizioni (art. 1, comma 1, lett. a, D.L. n. 21/2012) | Acquisto di partecipazioni rilevanti | • La notifica può essere successiva all'acquisizione<br>• Diritti amministrativi (e diritto di voto) sospesi fino alla scadenza del termine per l'esercizio del potere speciale (o al provvedimento recante l'espressione della decisione di non esercitare il potere speciale)<br>• Nullità delle delibere assunte con il voto determinante espresso in dispregio del potere speciale e nullità degli atti compiuti in dispregio del potere speciale |
| | Potere di opposizione all'acquisto (art. 1, comma 1, lett. c, D.L. n. 21/2012) | Acquisto di partecipazioni rilevanti (in caso di esercizio del potere di opposizione devono essere cedute) | |
| | Potere di imposizione di specifiche condizioni | Costituzione di società (art. 1, comma 5-*bis*, D.L. n. 21/2012) | La società può essere costituita ma deve rimanere inattiva |
| **Interesse nazionale nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni** (art. 2, commi 1, 2 e 4, D.L. n. 21/2012) | Potere di veto | Delibere, atti e operazioni di imprese; in particolare:<br>- acquisizione di quote di partecipazione al capitale di società;<br>- trasferimento all'estero della sede sociale;<br>- modifica dell'oggetto sociale;<br>- scioglimento della società; | • La notifica pare poter essere successiva al compimento dell'operazione (che deve però rimanere inattuata)<br>• È sospesa l'efficacia degli atti compiuti anteriormente alla scadenza del termine per il veto (o al provvedimento |

(1) L'art. 2351, comma 3, c.c., dispone che lo statuto può prevedere la creazione di azioni con diritto di voto plurimo anche per particolari argomenti o subordinato al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative; e che ciascuna azione a voto plurimo può avere fino a un massimo di tre voti.

(2) L'art. 3, comma 1, D.L. n. 332/1994, dispone che le società operanti nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti, delle comunicazioni e degli altri pubblici servizi, nonché le banche e le imprese assicurative, direttamente o indirettamente controllate dallo Stato o da enti pubblici anche territoriali ed economici, possono introdurre nello statuto un limite massimo di possesso azionario non superiore, per le società operanti nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, dei trasporti, delle comunicazioni, dell'energia e degli altri pubblici servizi, al cinque per cento, riferito al singolo socio, al suo nucleo familiare, comprendente il socio stesso, il coniuge non separato legalmente e i figli minori, ed al gruppo di appartenenza: per tale intendendosi il soggetto, anche non avente forma societaria, che esercita il controllo, le società controllate e quelle controllate da uno stesso soggetto controllante, nonché le società collegate; il limite riguarda altresì i soggetti che, direttamente o indirettamente, anche tramite controllate, società fiduciarie o interposta persona aderiscono anche con terzi ad accordi relativi all'esercizio del diritto di voto o al trasferimento di azioni o quote di società terze o comunque ad accordi o patti di cui all'art. 10, comma 4, L. 18 febbraio 1992, n. 149, in relazione a società terze, qualora tali accordi o patti riguardino almeno il dieci per cento delle quote o delle azioni con diritto di voto se si tratta di società quotate, o il venti per cento se si tratta di società non quotate.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

| | | | |
|---|---|---|---|
| | | - modifica di clausole statutarie adottate ai sensi dell'art. 2351, comma 3 (3), c.c., oppure introdotte ai sensi dell'art. 3, comma 1 (4), D.L. n. 332/1994;<br>- trasferimento dell'azienda o di rami di essa in cui siano compresi gli asset rilevanti o assegnazione degli stessi a titolo di garanzia;<br>- trasferimento di società controllate che detengono gli asset rilevanti | recante l'espressione della decisione di non apporre il veto)<br>● Nullità degli atti compiuti in dispregio del veto |
| | | Fusione o scissione di società | È impedito l'atto di fusione/scissione, non il procedimento precedente |
| | | Costituzione di società (art. 2, comma 7-bis, D.L. n. 21/2012) | La società può essere costituita ma deve rimanere inattiva |
| **Interesse nazionale a evitare pericoli per la sicurezza e l'ordine pubblico** (art. 2, commi 1-*ter*, 2-bis e 4, D.L. n. 21/2012) | Potere di veto | Delibere, atti e operazioni di imprese: in particolare:<br>- trasferimento dell'azienda o di rami di essa in cui siano compresi attivi rilevanti o assegnazione degli stessi a titolo di garanzia;<br>- trasferimento di società controllate che detengono attivi rilevanti;<br>- trasferimento di società controllate che abbia per effetto il trasferimento della sede sociale in un Paese non UE;<br>- delibere, atti od operazioni che abbiano per effetto il cambiamento di destinazione di asset rilevanti;<br>- modifica dell'oggetto sociale;<br>- scioglimento della società;<br>- modifica di clausole statutarie adottate ai sensi dell'art. 2351, comma 3 (5), c.c., oppure introdotte ai sensi dell'art. 3, comma 1 (6), D.L. n. 332/1994 | ● La notifica pare poter essere successiva al compimento dell'operazione (che deve però rimanere inattuata)<br>● È sospesa l'efficacia degli atti compiuti anteriormente alla scadenza del termine per il veto (o al provvedimento recante l'espressione della decisione di non apporre il veto)<br>● Nullità degli atti compiuti in dispregio del veto |
| | | Fusione o scissione di società | È impedito l'atto di fusione/scissione, non il procedimento precedente |
| | | Costituzione di società (art. 2, comma 7-*bis*, D.L. n. 21/2012) | La società può essere costituita ma deve rimanere inattiva |
| **Interesse nazionale:<br>- nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni:<br>- a evitare pericoli per la sicurezza e l'ordine pubblico** (art. 2, comma 5, D.L. n. 21/2012) | Potere di imposizione di impegni o di opposizione all'acquisto | Acquisizione di quote di partecipazione (in caso di esercizio del potere di opposizione devono essere cedute) | ● La notifica pare poter essere successiva al compimento dell'operazione (che deve però rimanere inattuata)<br>● È sospeso il voto anteriormente alla scadenza del termine per l'esercizio del potere speciale (o al provvedimento recante l'espressione della decisione di non esercitare il potere speciale)<br>● Nullità degli atti compiuti in dispregio del potere speciale |

(3) La norma di cui all'art. 2351, comma 3, c.c., è riportata nella nt. 1.

(4) La norma di cui all'art. 3, comma 1, D.L. n. 332/1994 è riportata nella nt. 2.

(5) La norma di cui all'art. 2351, comma 3, c.c., è riportata nella nt. 1.

(6) La norma di cui all'art. 3, comma 1, D.L. n. 332/1994 è riportata nella nt. 2.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



## Società cooperativa sociale

### Corte di Giustizia UE, Sez. VIII, 7 luglio 2022, cause riunite C-213/21 e C-214/21 - Pres. N. Jääskinen - Est. M. Gavalec - Italy Emergenza Cooperativa Sociale (C-213/21 e C-214/21) c. Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani e altri

*Società e consorzi - Società cooperativa sociale - Ristorni - Contratti pubblici - Co-progettazione - Trasporti sanitari*

*(Cost. artt. 2, 3, 76, 118; Dir. 2014/24/UE, art. 10; cod. civ. artt. 2082, 2247, 2511, 2545-*sexies*; L. n. 241/1990, artt. 11, 12; L. n. 381/1991, artt. 1, 4, 5; D.Lgs. n. 50/2016, artt. 17, 30, 45, 112, 143; D.Lgs. n. 112/2017, artt. 1, 2, 3; D.Lgs. n. 117/2012, artt. 4, 32, 35, 55-57)*

**L'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la Dir. 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che prevede che servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza possano essere attribuiti mediante convenzione, in via prioritaria, soltanto a organizzazioni di volontariato e non a cooperative sociali che possono distribuire ai soci ristorni correlati alle loro attività.**

**La Corte (*omissis*).**

1. Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull'interpretazione dell'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU 2014, L 94, pag. 65).

2. Tali domande sono state presentate nell'ambito di due controversie tra, rispettivamente, Italy Emergenza Cooperativa Sociale (in prosieguo: "Italy Emergenza") e l'Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani (Italia), nella causa C-213/21, e Italy Emergenza e l'Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza (Italia), nella causa C-214/21, in ordine a due decisioni con le quali tali aziende sanitarie hanno indetto bandi di selezione per l'affidamento mediante convenzione del servizio di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza a organizzazioni di volontariato.

**Contesto normativo**

***Diritto dell'Unione***

3. I considerando 28 e 118 della direttiva 2014/24 così recitano:

"(28) La presente direttiva non dovrebbe applicarsi a taluni servizi di emergenza se effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, in quanto il carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva. La loro esclusione, tuttavia, non dovrebbe essere estesa oltre lo stretto necessario. Si dovrebbe pertanto stabilire esplicitamente che i servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza non dovrebbero essere esclusi. In tale contesto è inoltre necessario chiarire che nel gruppo 601 'Servizi di trasporto terrestre' del CPV non rientrano i servizi di ambulanza, reperibili nella classe 8514. Occorre pertanto precisare che i servizi identificati con il codice CPV 85143000-3, consistenti esclusivamente in servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza, dovrebbero essere soggetti al regime speciale previsto per i servizi sociali e altri servizi specifici ('regime alleggerito'). Di conseguenza, anche gli appalti misti per la prestazione di servizi di ambulanza in generale dovrebbero essere soggetti al regime alleggerito se il valore dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza fosse superiore al valore di altri servizi di ambulanza. (...).

(118) Al fine di garantire la continuità dei servizi pubblici la presente direttiva dovrebbe prevedere che la partecipazione alle procedure di appalto per taluni servizi nei settori dei servizi sanitari, sociali e culturali possa essere riservata alle organizzazioni basate sull'azionariato dei dipendenti o sulla loro partecipazione attiva al governo societario e alle organizzazioni esistenti, quali le cooperative, per partecipare alla prestazione di tali servizi agli utenti finali. L'applicazione della presente disposizione si limita esclusivamente a taluni servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi, a taluni servizi di istruzione e formazione, a biblioteche, archivi, musei e altri servizi culturali, a servizi sportivi e servizi domestici, e non riguarda nessuna delle esclusioni altrimenti previste dalla presente direttiva. Tali servizi dovrebbe[ro] essere disciplinati dal regime alleggerito".

4. L'articolo 10 di tale direttiva, intitolato "Esclusioni specifiche per gli appalti di servizi", stabilisce quanto segue:

"La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi: (...)

h) concernenti servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro identificati con i codici CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8; 98113100-9 e 85143000-3 ad eccezione dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza; (...)".

5. L'articolo 77 di detta direttiva, intitolato "Appalti riservati per determinati servizi", ai paragrafi 1 e 2 prevede quanto segue:

"1. Gli Stati membri possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici possano riservare ad organizzazioni il diritto di partecipare alle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici esclusivamente per i servizi sanitari, sociali e culturali di cui all'articolo 74 identificati con i

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


codici CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, da 85000000-9 a 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4, 98133110-8.
2. Un'organizzazione di cui al paragrafo 1 deve soddisfare tutte le seguenti condizioni:
a) il suo obiettivo è il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi di cui al paragrafo 1;
b) i profitti sono reinvestiti al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione. Se i profitti sono distribuiti o redistribuiti, ciò dovrebbe basarsi su considerazioni partecipative;
c) le strutture di gestione o proprietà dell'organizzazione che esegue l'appalto sono basate su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedono la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati; e (...)".

***Diritto italiano***

6. L'articolo 17 del decreto legislativo del 18 aprile 2016, n. 50 - Codice dei contratti pubblici (supplemento ordinario alla GURI n. 91, del 19 aprile 2016), intitolato "Esclusioni specifiche per contratti di appalto e concessione di servizi", al comma 1 stabilisce quanto segue:
"Le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi: (...)
h) concernenti servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro identificati con i codici CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 e 85143000-3 ad eccezione dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza; (...)".
7. Il decreto legislativo del 3 luglio 2017, n. 117 - Codice del terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106 (supplemento ordinario alla GURI n. 179, del 2 agosto 2017) (in prosieguo: il "decreto legislativo n. 117/2017"), contiene un articolo 4, intitolato "Enti del Terzo settore", il cui comma 1 così dispone:
"Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore".
8. L'articolo 57 del decreto legislativo n. 117/2017, intitolato "Servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza", enuncia quanto segue:
"1. I servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza possono essere, in via prioritaria, oggetto di affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, aderenti ad una rete associativa di cui all'articolo 41, comma 2, ed accreditate ai sensi della normativa regionale in materia, ove esistente, nelle ipotesi in cui, per la natura specifica del servizio, l'affidamento diretto garantisca l'espletamento del servizio di interesse generale, in un sistema di effettiva contribuzione a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione.
2. Alle convenzioni aventi ad oggetto i servizi di cui al comma 1 si applicano le disposizioni di cui ai commi 2, 3, 3-*bis* e 4 dell'articolo 56".
9. L'articolo 2514 del Codice civile, intitolato "Requisiti delle cooperative a mutualità prevalente", è così formulato:
"Le cooperative a mutualità prevalente devono prevedere nei propri statuti:
a) il divieto di distribuire i dividendi in misura superiore all'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato;
b) il divieto di remunerare gli strumenti finanziari offerti in sottoscrizione ai soci cooperatori in misura superiore a due punti rispetto al limite massimo previsto per i dividendi;
c) il divieto di distribuire le riserve fra i soci cooperatori;
d) l'obbligo di devoluzione, in caso di scioglimento della società, dell'intero patrimonio sociale, dedotto soltanto il capitale sociale e i dividendi eventualmente maturati, ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione.
Le cooperative deliberano l'introduzione e la soppressione delle clausole di cui al comma precedente con le maggioranze previste per l'assemblea straordinaria".
10. Ai sensi dell'articolo 2545 *sexies* del codice civile, intitolato "Ristorni":
"L'atto costitutivo determina i criteri di ripartizione dei ristorni ai soci proporzionalmente alla quantità e qualità degli scambi mutualistici. (...).
L'assemblea può deliberare la ripartizione dei ristorni a ciascun socio anche mediante aumento proporzionale delle rispettive quote o con l'emissione di nuove azioni, in deroga a quanto previsto dall'articolo 2525, ovvero mediante l'emissione di strumenti finanziari".
11. Il decreto legislativo del 3 luglio 2017, n. 112 - Revisione della disciplina in materia di impresa sociale, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera c) della legge 6 giugno 2016, n. 106 (GURI n. 167, del 19 luglio 2017) (in prosieguo: il "decreto legislativo n. 112/2017"), al suo articolo 3, intitolato "Assenza di scopo di lucro", prevede quanto segue:
"1. Salvo quanto previsto dal comma 3 e dall'articolo 16, l'impresa sociale destina eventuali utili ed avanzi di gestione allo svolgimento dell'attività statutaria o ad incremento del patrimonio.
2. Ai fini di cui al comma 1, è vietata la distribuzione, anche indiretta, di utili ed avanzi di gestione, fondi e riserve comunque denominati, a fondatori, soci o

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


associati, lavoratori e collaboratori, amministratori ed altri componenti degli organi sociali, anche nel caso di recesso o di qualsiasi altra ipotesi di scioglimento individuale del rapporto. Nelle imprese sociali costituite nelle forme di cui al libro V del codice civile è ammesso il rimborso al socio del capitale effettivamente versato ed eventualmente rivalutato o aumentato nei limiti di cui al comma 3, lettera a). Ai sensi e per gli effetti di cui al presente comma, si considerano in ogni caso distribuzione indiretta di utili:
a) la corresponsione ad amministratori, sindaci e a chiunque rivesta cariche sociali di compensi individuali non proporzionati all'attività svolta, alle responsabilità assunte e alle specifiche competenze o comunque superiori a quelli previsti in enti che operano nei medesimi o analoghi settori e condizioni; (...).
2 *bis*. Ai fini di cui ai commi 1 e 2, non si considera distribuzione, neanche indiretta, di utili ed avanzi di gestione la ripartizione ai soci di ristorni correlati ad attività di interesse generale di cui all'articolo 2, effettuata ai sensi dell'articolo 2545-*sexies* del codice civile e nel rispetto di condizioni e limiti stabiliti dalla legge o dallo statuto, da imprese sociali costituite in forma di società cooperativa, a condizione che lo statuto o l'atto costitutivo indichi i criteri di ripartizione dei ristorni ai soci proporzionalmente alla quantità e alla qualità degli scambi mutualistici e che si registri un avanzo della gestione mutualistica. (...)".

**Procedimenti principali e questioni pregiudiziali**

***Causa C-213/21***

12. Con bando pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 27 aprile 2020, l'Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani ha indetto una procedura comparativa per l'affidamento, mediante convenzione, del servizio di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza, per il territorio di sua competenza, a organizzazioni di volontariato rispondenti ai requisiti indicati all'articolo 57 del decreto legislativo n. 117/2017.
13. Ritenendo che tale bando contenesse clausole illecite che le impedivano di partecipare alla procedura, Italy Emergenza, una cooperativa sociale la cui attività consiste nell'assicurare il servizio di trasporto sanitario semplice e a mezzo ambulanze, l'ha contestato proponendo un ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Italia). A suo avviso, l'articolo 57 del decreto legislativo n. 117/2017 era contrario all'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24, letto alla luce del considerando 28 di quest'ultima, in quanto autorizzava l'affidamento diretto, mediante convenzione, dei servizi di trasporto di urgenza ed emergenza unicamente alle organizzazioni di volontariato, con conseguente esclusione delle cooperative sociali. Infatti, ai fini dell'affidamento diretto, mediante convenzione, dei servizi di urgenza ed emergenza, detto articolo 10, lettera h), assimilerebbe pienamente le cooperative sociali alle associazioni di volontariato.
14. Detto giudice ha respinto il ricorso. Da un lato, esso ha dichiarato che il servizio oggetto del bando era un servizio di trasporto sanitario in ambulanza "qualificato", rientrante nell'eccezione prevista dal suddetto articolo 10, lettera h). Dall'altro lato, il medesimo giudice ha ritenuto che l'esclusione delle cooperative sociali dall'ambito di applicazione di tale eccezione fosse conforme al diritto dell'Unione, in quanto tali cooperative perseguivano una finalità imprenditoriale che giustificava nei loro confronti un trattamento diverso da quello riservato alle organizzazioni o alle associazioni di volontariato senza scopo di lucro. Nel caso di specie, per quanto riguarda Italy Emergenza, l'esclusione sarebbe giustificata alla luce dell'articolo 5 dello statuto di tale cooperativa sociale, che prevederebbe una possibilità di distribuzione di dividendi per un limitato importo.
15. Italy Emergenza ha interposto appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia dinanzi al Consiglio di Stato (Italia), giudice del rinvio, ribadendo che l'articolo 57 del decreto legislativo n. 117/2017 viola l'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24.
16. Il Consiglio di Stato nutre dubbi quanto alla conformità dell'articolo 57 del decreto legislativo n. 117/2017 con tale articolo 10, lettera h). Infatti, mentre l'articolo 57 menzionerebbe solo le organizzazioni di volontariato, e sembra pertanto escludere l'affidamento, mediante convenzione, del servizio di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza alle cooperative sociali, detto articolo 10, lettera h), riguarderebbe le organizzazioni o le associazioni "senza scopo di lucro" e non si limiterebbe alle sole organizzazioni o associazioni di volontariato.
17. In tale contesto, il giudice del rinvio rammenta, innanzitutto, che, nella sentenza del 21 marzo 2019, Falck Rettungsdienste e Falck (C-465/17, EU:C:2019:234), la Corte ha dichiarato che costituiscono "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro", ai sensi dell'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24, le organizzazioni o le associazioni che hanno l'obiettivo di svolgere funzioni sociali, prive di finalità commerciali e che reinvestono eventuali utili al fine di raggiungere il loro obiettivo. La Corte avrebbe così sottolineato che il criterio decisivo per rientrare nell'ambito di applicazione di tale disposizione è il perseguimento di uno scopo non lucrativo. Orbene, secondo il giudice del rinvio, l'assenza di scopo di lucro caratterizzerebbe una cooperativa sociale quale Italy Emergenza. Infatti, l'articolo 6 dello statuto di quest'ultima enuncerebbe che "[l]a cooperativa sociale opera senza finalità lucrative e persegue l'interesse generale della comunità alla promozione umana ed all'integrazione sociale (...)". Certamente, l'articolo 5 del medesimo statuto enuncerebbe "il divieto di distribuire i dividendi in misura superiore all'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato". Tuttavia, tale articolo 5 non potrebbe essere considerato probante, trattandosi di disposizione che riprodurrebbe l'articolo 2514 del codice civile.
18. Il giudice del rinvio rileva, poi, che le cooperative sociali si distinguono dalle organizzazioni o dalle associazioni di volontariato. Mentre queste ultime non attribuirebbero alcun vantaggio economico, neppure indiretto, ai

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


loro membri e si limiterebbero a rimborsare loro le spese sostenute, le cooperative sociali apporterebbero un vantaggio economico ai loro soci, pur perseguendo obiettivi di integrazione e promozione sociale senza finalità lucrative. Pertanto, tali cooperative si caratterizzerebbero per la loro finalità imprenditoriale a carattere mutualistico. Nondimeno, il medesimo giudice relativizza tale differenza, poiché dalla giurisprudenza della Corte risulterebbe che un contratto in cui sia previsto come unico corrispettivo il rimborso delle spese sostenute rientrerebbe nella nozione di "appalto pubblico" quale contratto a titolo oneroso.

19. Peraltro, il giudice del rinvio rileva un ulteriore elemento idoneo a sfumare le differenze tra le organizzazioni o le associazioni di volontariato e le cooperative sociali. Si tratta della possibilità, da un lato, per un'organizzazione o un'associazione di volontariato di assumere lavoratori e, dall'altro, per una cooperativa sociale di avere soci volontari ai quali verrebbe corrisposto solo il rimborso delle spese.

20. Il medesimo giudice sottolinea, infine, che, a supporre che, diversamente dalle organizzazioni o dalle associazioni di volontariato, a una cooperativa sociale non possa essere attribuito in via prioritaria, mediante convenzione, un servizio di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza, in applicazione dell'articolo 57 del decreto legislativo n. 117/2017, l'attribuzione di un servizio siffatto a una cooperativa sociale potrebbe aver luogo solo attraverso una procedura di appalto pubblico, ciò che sarebbe tuttavia contrario all'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24.

21. In tali circostanze, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

"Se l'articolo 10, lettera h), della direttiva [2014/24] - e con esso il considerando 28 di tale direttiva - osti ad una normativa nazionale che preveda che i servizi di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza possano essere affidati tramite convenzionamento, in via prioritaria, alle sole organizzazioni di volontariato - sempreché iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, nonché aderenti ad una rete associativa e accreditate secondo la normativa regionale di settore (ove esistente), ed a condizione che tale affidamento garantisca l'espletamento del servizio in un sistema di effettiva contribuzione ad una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione - senza contemplare, tra i possibili affidatari, le altre organizzazioni prive di scopo di lucro e, più specificamente, le cooperative sociali, quali imprese sociali non aventi finalità lucrative".

***Causa C-214/21***

22. Con bando pubblicato il 26 febbraio 2020, l'Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza ha indetto una procedura selettiva per l'affidamento, mediante convenzione, del servizio di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza, per il territorio di sua competenza, a organizzazioni di volontariato e alla Croce Rossa Italiana.

23. Ritenendo che tale bando contenesse clausole illecite che le impedivano di partecipare alla procedura, Italy Emergenza l'ha contestato, proponendo un ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Calabria (Italia) sulla base dei medesimi argomenti e motivi esposti al punto 13 della presente sentenza.

24. Detto giudice ha respinto il ricorso con la stessa motivazione enunciata al punto 14 della presente sentenza.

25. Italy Emergenza ha interposto appello dinanzi al Consiglio di Stato, giudice del rinvio, che, per le stesse ragioni esposte ai punti da 16 a 20 della presente sentenza, dubita della compatibilità dell'articolo 57 del decreto legislativo n. 117/2017 con l'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24. Detto giudice si interroga parimenti sull'incidenza dell'articolo 3, comma 2 *bis*, del decreto legislativo n. 112/2017, che consente a una cooperativa sociale di non reinvestire parte degli utili e di distribuirli ai soci sotto forma di ristorni.

26. In tali circostanze, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

"Se l'articolo 10, lettera h), della direttiva [2014/24] - e con esso il considerando 28 di tale direttiva - osti ad una normativa nazionale che preveda che i servizi di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza possano essere affidati tramite convenzionamento, in via prioritaria, alle sole organizzazioni di volontariato - sempreché iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, nonché aderenti ad una rete associativa e accreditate secondo la normativa regionale di settore (ove esistente), ed a condizione che tale affidamento garantisca l'espletamento del servizio in un sistema di effettiva contribuzione ad una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione - senza contemplare, tra i possibili affidatari, le altre organizzazioni prive di scopo di lucro e, più specificamente, le cooperative sociali, quali imprese sociali non aventi finalità lucrative, *ivi* comprese le cooperative sociali che gestiscono la ripartizione ai soci di ristorni correlati ad attività di interesse generale, ai sensi dell'articolo 3, comma 2 *bis*, del decreto legislativo n. 112/2017".

**Sulle questioni pregiudiziali**

27. Con la questione nella causa C-213/21 e con la questione nella causa C-214/21, che è opportuno esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se l'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24 osti a una normativa nazionale che prevede che servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza possano essere attribuiti, mediante convenzione, in via prioritaria, soltanto ad organizzazioni di volontariato e non a cooperative sociali che possono distribuire ai soci ristorni correlati alle loro attività.

28. Occorre rilevare che l'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24 esclude dall'ambito di applicazione di quest'ultima gli appalti pubblici di servizi aventi ad oggetto servizi identificati con i codici CPV menzionati

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


in tale disposizione e forniti da "organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro".
29. Ciò premesso, tale direttiva non definisce la nozione di organizzazioni o di associazioni "senza scopo di lucro".
30. Orbene, dalla necessità di garantire tanto l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione quanto il principio di uguaglianza discende che i termini di una disposizione del diritto dell'Unione, la quale non contenga alcun rinvio espresso al diritto degli Stati membri ai fini della determinazione del proprio significato e della propria portata, devono di norma essere oggetto, nell'intera Unione europea, di un'interpretazione autonoma e uniforme, da effettuare tenendo conto del contesto della disposizione stessa e della finalità perseguita dalla normativa in questione (v., in tal senso, sentenza del 21 marzo 2019, Falck Rettungsdienste e Falck, C-465/17, EU:C:2019:234, punto 28 e giurisprudenza *ivi* citata).
31. In primo luogo, la nozione di organizzazioni o di associazioni "senza scopo di lucro" è definita in opposizione ad un raggruppamento a scopo di lucro che è costituito al fine di realizzare un profitto. Così, tale nozione sembra sufficientemente ampia da ricomprendere organizzazioni basate sull'azionariato dei lavoratori o sulla loro partecipazione attiva al governo societario, quali le cooperative sociali, purché esse non perseguano scopi di lucro.
32. In secondo luogo, l'obiettivo dell'eccezione prevista all'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24 consiste, come è indicato al considerando 28 di quest'ultima, nel preservare il carattere particolare delle organizzazioni e delle associazioni senza scopo di lucro, evitando loro di essere sottoposte alle procedure definite in tale direttiva. Il medesimo considerando 28 enuncia tuttavia che tale eccezione non deve essere estesa oltre lo stretto necessario. In quanto deroga all'ambito di applicazione della direttiva in parola, essa deve essere pertanto interpretata restrittivamente [v., per analogia, sentenza del 20 marzo 2018, Commissione/Austria (Tipografia di Stato), C-187/16, EU:C:2018:194, punto 77].
33. Ne discende che la nozione di organizzazioni o di associazioni "senza scopo di lucro", ai sensi dell'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24, deve essere strettamente circoscritta alle organizzazioni e alle associazioni che presentano un carattere particolare, vale a dire a quelle che non perseguono alcun fine di lucro e che non possono procurare alcun utile, neppure indiretto, ai loro membri.
34. In terzo luogo, occorre ricordare che la Corte ha dichiarato che rientrano in tale nozione le organizzazioni o le associazioni che hanno l'obiettivo di svolgere funzioni sociali, che non hanno finalità commerciali e che reinvestono eventuali utili al fine di raggiungere l'obiettivo della stessa organizzazione o associazione (sentenza del 21 marzo 2019, Falck Rettungsdienste e Falck, C-465/17, EU:C:2019:234, punto 59).
35. Orbene, esigendo che gli eventuali utili siano reinvestiti al fine di raggiungere l'obiettivo dell'organizzazione o dell'associazione interessata, la Corte, da un lato, ha considerato che tali utili dovevano essere destinati alla realizzazione delle funzioni sociali perseguite da tale organizzazione o da tale associazione e, dall'altro, ha chiaramente escluso che detti utili potessero essere distribuiti agli azionisti o ai membri di detta organizzazione o di detta associazione. Ne consegue che le organizzazioni o le associazioni che hanno la possibilità di distribuire utili ai loro membri non rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24.
36. Tale interpretazione è peraltro corroborata dall'articolo 77 della direttiva 2014/24, letto alla luce del considerando 118 di quest'ultima, che consente agli Stati membri di prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici possano riservare il diritto di partecipare a procedure speciali per l'aggiudicazione di appalti pubblici relativi esclusivamente a determinati servizi alle organizzazioni che soddisfano le condizioni elencate in detto articolo 77, paragrafo 2. Ebbene, tali condizioni comprendono, da un lato, all'articolo 77, paragrafo 2, lettera b), quella secondo cui l'eventuale distribuzione o ridistribuzione degli utili dovrebbe essere basata su considerazioni partecipative, e, dall'altro, alla lettera c) dello stesso articolo 77, paragrafo 2, quella secondo cui le strutture di gestione o di proprietà dell'organizzazione che esegue l'appalto sono basate su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedono la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati.
37. Il legislatore dell'Unione ha quindi previsto un trattamento differenziato tra le organizzazioni o le associazioni "senza scopo di lucro", di cui all'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24, e le organizzazioni di cui al punto precedente della presente sentenza. Ne consegue che le organizzazioni e le associazioni di cui all'articolo 10, lettera h), della suddetta direttiva non possono essere equiparate alle organizzazioni basate sull'azionariato dei dipendenti o sulla loro partecipazione attiva al governo societario, quali le cooperative, menzionate al considerando 118 e all'articolo 77 di detta direttiva (v., in tal senso, sentenza del 21 marzo 2019, Falck Rettungsdienste e Falck, C-465/17, EU:C:2019:234, punto 60).
38. Dalle considerazioni che precedono discende che, qualora i membri di un'associazione o di un'organizzazione possano ottenere un utile, anche indiretto, correlato alle attività di tale associazione o di tale organizzazione, detta associazione o detta organizzazione non può rientrare nell'ambito di applicazione dell'eccezione prevista all'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24.
39. Nel caso di specie, e ferma restando l'analisi della normativa nazionale e dello statuto delle organizzazioni di cui ai procedimenti principali che spetta al giudice del rinvio effettuare, dal combinato disposto dell'articolo 3, comma 2 *bis*, del decreto legislativo n. 112/2017 e dell'articolo 34 dello statuto di Italy Emergenza emerge che l'assemblea generale può decidere l'erogazione di ristorni a ciascuno dei soci. Ora, come risulta sia dalle ordinanze di rinvio sia dalle osservazioni di più interessati, siccome i ristorni costituiscono uno strumento per attribuire un vantaggio ai soci di una cooperativa, l'esistenza di siffatta possibilità di distribuzione di "utili" dovrebbe ostare alla qualificazione di una cooperativa sociale, quale Italy

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



Emergenza, come organizzazione o associazione "senza scopo di lucro" ai sensi dell'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24.
40. Occorre pertanto rispondere alle questioni sollevate dichiarando che l'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che prevede che servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza possano essere attribuiti mediante convenzione, in via prioritaria, soltanto a organizzazioni di volontariato e non a cooperative sociali che possono distribuire ai soci ristorni correlati alle loro attività.
**(*omissis*).**

# La nozione unionale di organizzazione non lucrativa tra contratti pubblici, Terzo settore e trasporti sanitari di urgenza

*di Emanuele Cusa (*)*

Che cosa è un'organizzazione senza scopo di lucro nel diritto dell'Unione europea in materia di appalti pubblici? Un ente non lucrativo può distribuire ristorni ai propri membri? Risulta possibile riservare solo alle organizzazioni di volontariato i servizi di trasporto sanitario di urgenza? A queste domande risponde il seguente commento.
*What is a non-profit organization in EU law on public procurement? Can a non-profit organization distribute* patronage dividends *to its members? Is it possible to reserve emergency medical transport services only for voluntary organizations? These questions are answered by the following comment.*

## Premessa

Questa sentenza è rilevante nella ricostruzione del diritto delle organizzazioni imprenditoriali non solo per essere stata pronunciata dall'organo posto al vertice dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea (preminente sull'ordinamento italiano nelle materie oggetto del provvedimento in commento), ma anche per aver tracciato un chiaro confine tra organizzazioni lucrative e organizzazioni non lucrative; confine che è certamente vincolante per chi è chiamato a interpretare il diritto dell'Unione europea (e pertanto anche il conseguente diritto italiano di attuazione) in materia di contratti pubblici e che è allo stesso tempo utilizzabile dai legislatori unionale e nazionale al fine di fissare il perimetro dell'economia sociale (1) e per distinguere le diverse forme di enti (anche con limitati scopi lucrativi) appartenenti a questo importante settore economico. Le conclusioni cui è giunta la sentenza in parola, benché relative a due controversie riguardanti una cooperativa sociale, sono suscettibili di una più ampia applicazione; in effetti, tali conclusioni, specialmente in base allo scopo di lucro, permettono di differenziare gli imprenditori non lucrativi non solo dalle cooperative sociali, ma anche dalle società vuoi con la qualifica di impresa sociale, vuoi in forma di cooperativa a mutualità prevalente; forma, quest'ultima, prescelta al 22 settembre 2022, dal 94,58% delle cooperative italiane (2).

## Il caso

Una cooperativa sociale impugnò due decisioni di due aziende sanitarie locali con le quali si indissero due procedure comparative per l'affidamento del servizio di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza mediante convenzione. L'interesse all'impugnazione discendeva dal fatto che i relativi bandi pubblici erano riservati a enti aventi la qualifica di organizzazioni di volontariato e pertanto impedivano alle cooperative sociali di partecipare alle relative selezioni pubbliche. La cooperativa ricorrente sostenne la supposta illegittimità costituzionale e/o difformità con il diritto unionale dell'art. 57, D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (corrispondente al codice del Terzo settore), il quale consente alle amministrazioni pubbliche di affidare "in via prioritaria", mediante convenzione (cioè senza osservare il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, corrispondente al codice dei contratti pubblici), alle organizzazioni di

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Sulla quale rimando a E. Cusa, *Sanità integrativa,* welfare *aziendale ed economia sociale*, in *Rivista ODC*, 2, 2021, 872, 873 e 912 e, soprattutto, alla Comunicazione della Commissione europea, *Creare un'economia al servizio delle persone: un piano d'azione per l'economia sociale*, 9 dicembre 2021, COM(2021) 778 final.

(2) Secondo i dati dell'albo delle società cooperative - aggiornati al 22 settembre 2022 e accessibili all'indirizzo internet *https://dati.mise.gov.it* - v'erano infatti 101.266 cooperative a mutualità prevalente a fronte di 5.808 cooperative non a mutualità prevalente.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



volontariato (ai sensi degli artt. 32-34, D.Lgs. n. 117/2017, ma con determinati requisiti (3)) "i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza". I relativi tribunali amministrativi regionali rigettarono i due ricorsi sopra menzionati, mentre il Consiglio di Stato successivamente adito ritenne con due distinte ordinanze di sospendere i corrispondenti procedimenti e di sottoporre alla Corte di Giustizia UE la seguente questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, par. 1, lett. b), TFUE: l'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE (sugli appalti pubblici, recepita dall'Italia con il D.Lgs. n. 50/2016) (4) impedisce al legislatore italiano di affidare prioritariamente alle organizzazioni di volontariato, tramite convenzionamento, i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, senza contemplare tra i possibili affidatari le altre organizzazioni prive di scopo di lucro, come le cooperative sociali? La Corte di Giustizia, con la sentenza qui commentata, non ha ritenuto difforme dal diritto unionale (non avendo il potere di farlo) l'art. 57, D.Lgs. n. 117/2017, ma si è limitata a chiarire l'esatto significato da attribuire al sintagma "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro" di cui all'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE; sintagma poi recepito dall'Italia, in generale, mediante l'art. 17, comma 1, lett. h), D.Lgs. n. 50/2016 e, limitatamente ai servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, mediante l'art. 57, D.Lgs. n. 117/2017 (5); più precisamente, la suprema autorità giurisdizionale unionale ha precisato che gli enti corrispondenti alle cooperative sociali di cui alla L. 8 novembre 1991, n. 381 non sono sussumibili nella fattispecie coincidente con il sopra riportato sintagma, se la "normativa nazionale" e il loro "statuto" consentano la distribuzione degli utili tra i soci di tali società, anche solo a titolo di ristorno (6).

## Le procedure selettive degli operatori nel codice dei contratti pubblici e nel codice del Terzo settore

Per collocare adeguatamente le problematiche sottese alla sentenza oggetto della mia analisi occorre sciogliere il difficile nodo interpretativo rappresentato dal rapporto tra le procedure selettive degli operatori ai sensi del D.Lgs. n. 50/2016 e quelle ai sensi del D.Lgs. n. 117/2017 (7).

Tali procedure non si distinguono sulla base della natura imprenditoriale del soggetto che produce il bene o il servizio di cui ha bisogno la pubblica amministrazione; tuttavia, l'ente del Terzo settore diverso dall'impresa sociale non è normalmente qualificabile come imprenditore, mentre l'operatore economico contemplato nel codice dei contratti pubblici è di regola un imprenditore, ma potrebbe non esserlo ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. p), D.Lgs. n. 50/2016 (8), stante la non tassatività dell'elenco contenuto nell'art. 45, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016 (9).

(3) Cioè i seguenti tre: (i) essere iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore; (ii) aver aderito a una rete associativa di cui all'art. 41, comma 2, D.Lgs. n. 117/2017; (iii) essere accreditate ai sensi dell'eventuale normativa regionale in materia.

(4) La suddetta lett. h) stabilisce che la Dir. 2014/24/UE è inapplicabile agli appalti pubblici di servizi riguardanti, tra l'altro, i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza "forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro"; secondo Corte di Giustizia UE 21 marzo 2019, Falck Rettungsdienste e Falck (C-465/17, EU:C:2019:234), punto 51, i "servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza" sono solamente "l'assistenza prestata a pazienti in situazione di emergenza in un veicolo di soccorso da parte di un paramedico/soccorritore sanitario, di cui al codice CPV [*Common Procurement Vocabulary* (vocabolario comune per gli appalti pubblici)] 75252000-7 (servizi di salvataggio), nonché il trasporto in ambulanza qualificato, comprendente, oltre al servizio di trasporto, l'assistenza prestata a pazienti in un'ambulanza da parte di un soccorritore sanitario coadiuvato da un aiuto soccorritore, di cui al codice CPV 85143000-3 (servizi di ambulanza), a condizione, con riferimento a detto trasporto in ambulanza qualificato, che esso sia effettivamente assicurato da personale debitamente formato in materia di pronto soccorso e che riguardi un paziente per il quale esiste un rischio di peggioramento dello stato di salute durante tale trasporto". Dunque, in caso di trasporto sanitario non di emergenza né di urgenza, le pubbliche amministrazioni italiane sono tenute a bandire un appalto ai sensi dell'art. 142, D.Lgs. n. 50/2016 (eventualmente riservato ai sensi dell'art. 143, D.Lgs. n. 50/2016) e non a utilizzare l'alternativa procedura di cui all'art. 57, D.Lgs. n. 117/2017.

(5) A conferma di ciò la relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo che sarebbe diventato il D.Lgs. n. 117/2017, relativamente a quello che sarebbe diventato il citato art. 57, spiegò che "tale disposizione si colloca ... all'interno della più recente cornice normativa europea, con specifico riguardo alla Direttiva 2014/24/UE".

(6) Una ricostruzione della disciplina delle cooperative indicate nel testo è offerta da E. Cusa, in *Le cooperative sociali come doverose imprese sociali*, in *Nuove leggi civ.*, 2019, 948 ss. e in *Frammenti di disciplina delle cooperative con la qualifica di impresa sociale, ivi*, 2021, 267 ss.

(7) Sul punto suggerisco i seguenti materiali di riflessione: F. Sanchini, *Profili costituzionali del Terzo settore*, Milano, 2021, 142 ss. e 224 ss.; Cons. Stato, parere 3 maggio 2022, n. 802, punti 9 ss. (scaricabile da *www.giustizia-amministrativa.it*), circa i servizi sociali rientranti nell'allegato XI del codice dei contratti pubblici; ANAC, *Linee guida n. 17 recanti "Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali"*, 27 luglio 2022 (scaricabile da *www.anticorruzione.it)*, 3; D.M. 31 marzo 2021, n. 72, il cui allegato - *Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore negli artt. 55-57 del D.Lgs. n. 117/2017 (codice del Terzo settore)* - è un rilevante e utile frutto della collaborazione tra il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, gli enti territoriali e il Forum nazionale del Terzo settore.

(8) Di contro, il contratto di appalto privato presuppone che l'appaltatore sia qualificabile come imprenditore (così, tra gli altri, G. Zuddas, *Organizzazione dei mezzi necessari*, in *Codice dell'appalto privato*, a cura di A. Luminoso, II ed., Milano, 2016, 3 ss.).

(9) In argomento cfr. A Tomassetti, *Operatori economici*, in *Trattato sui contratti pubblici* a cura di M.A. Sandulli - R. De Nictolis,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



Le suddette procedure possono non distinguersi neanche in base a ciò che riceve l'operatore che è stato selezionato dalla pubblica amministrazione. In effetti, *da un lato*, benché l'appalto pubblico o la concessione siano stati qualificati come contratti a titolo oneroso ai sensi delle relative definizioni contenute nell'art. 3, D.Lgs. n. 50/2016, la stazione appaltante, diversamente da quello che accade normalmente, può non dover pagare alcun prezzo all'appaltatore (10), rientrando nella nozione (unionale e pertanto italiana (11)) di appalto pubblico anche quello in cui la prima si limiti a rimborsare al secondo le spese sostenute (12). *Dall'altro lato*, in presenza di un affidamento ai sensi del D.Lgs. n. 117/2017 il selezionato ente del Terzo settore stipula un accordo (di solito qualificabile come accordo sostitutivo del procedimento, dalla prassi denominato convenzione) ai sensi dell'art. 11, L. 7 agosto 1990, n. 241 (13); questo accordo deve sì essere concluso all'interno di un procedimento amministrativo di natura collaborativa (14), ma il suo contenuto è atipico (15); conseguentemente, la stipula dell'accordo in parola può significare per l'amministrazione pubblica un esborso (a titolo di prezzo (16), di rimborso delle spese sostenute o di vantaggi economici ai sensi dell'art. 12, L. n. 241/1990 (17)) o nessun esborso (18).

Dal combinato disposto degli artt. 55-57, D.Lgs. n. 117/2017 e degli artt. 30, comma 8, 59, comma 1 e 140, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016 - così come interpretati dalla Corte costituzionale (19), dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali (20) e dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) (21) - l'ente affidante è di regola libero di scegliere, se selezionare un operatore secondo le procedure del codice dei contratti pubblici o secondo quelle del codice del Terzo settore (22); l'amministrazione pubblica sarà però costretta a ricorrere al codice dei contratti pubblici, se l'attività di cui ha bisogno non rientri tra quelle di interesse generale tassativamente

II, Milano, 2019, 569-571 e, soprattutto, F. Sclafani, *Gli operatori economici*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M Clarich, II ed., Torino, 2019, 406-411, il quale riporta la determinante giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia; giurisprudenza, quella appena menzionata, in forza della quale sono oggi operatori economici ai sensi del codice dei contratti pubblici tutti coloro che "sono autorizzati a fornire la prestazione oggetto della procedura di affidamento" (art. 45, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016); dunque, tra questi operatori possono rientrare certamente gli enti dell'economia sociale e del Terzo settore, quand'anche non qualificabili come imprenditori né per il diritto unionale né per il diritto privato italiano.

(10) Come invece deve accadere in presenza dell'appalto privato, il quale è un contratto oneroso e commutativo in cui l'appaltatore è tenuto ad accollarsi il rischio gestorio di produrre il risultato pattuito (sul punto v., *ex multis*, G. Zuddas, *Gestione a proprio rischio*, in *Codice dell'appalto privato*, a cura di A. Luminoso, II ed., Milano, 2016, 11 ss.). In senso inverso pare però andare A. Tomassetti, *Appalto nel codice civile e nel codice dei contratti pubblici*, in *Trattato sui contratti pubblici* a cura di M.A. Sandulli - R. De Nictolis, II, Milano, 2019, 15-30.

(11) Dovendo interpretarsi la nozione italiana di appalto pubblico nel rispetto del diritto dell'Unione europea, come ricorda, ad esempio, C. Sanna, *L'appalto pubblico e l'appalto privato*, in *Codice dell'appalto privato*, a cura di A. Luminoso, II ed., Milano, 2016, 118-119.

(12) Così Corte di Giustizia UE 11 dicembre 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 "Spezzino" e a. (C-113/13, EU: C:2014:2440), punto 37: "un contratto ... non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto".

(13) La suddetta disposizione disciplina anche le convenzioni di cui all'art. 5, comma 1, L. n. 381/1991, cioè quelle tra le cosiddette cooperative sociali di tipo b - cioè quelle rispettose degli artt. 1, comma 1, lett. b) e 4, L. n. 381/1991 - e gli enti pubblici o società di capitali a partecipazione pubblica "per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato al netto dell'IVA sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate".

(14) Stante l'*incipit* dell'art. 11, comma 1, L. n. 241/1990, sul quale cfr. G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 197-198.

(15) Così, per tutti, G. Greco, *Accordi amministrativi*, cit., 211 ss. Sulla qualificazione degli accordi amministrativi cfr. G. Greco, *sub* art. 11, in AA.VV., *L'azione amministrativa*, Milano, 2005, 421 ss. e F. Tigano, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa* a cura di M.A. Sandulli, II ed., Milano, 2017, 655 ss.

(16) Più in generale, a favore del fatto che l'accordo amministrativo possa disciplinare un rapporto sinallagmatico tra le parti v. G. Greco, *Accordi amministrativi*, cit., 269-275.

(17) Il Ministero del lavoro e delle politiche sociale, mediante il D.M. 31 marzo 2021, n. 72 - sulla scorta della relazione illustrativa di quello che sarebbe diventato il D.Lgs. n. 117/2017 (ove, nello spiegare il relativo art. 55, si precisa che l'ente del Terzo settore dovrebbe essere selezionato "attraverso procedimenti *ex* articolo 12 della legge n. 241/1990") - sostiene che gli enti del Terzo settore individuati a seguito di procedimenti di co-progettazione potrebbero ricevere solamente i contributi di cui all'art. 12, L. n. 241/1990; nella medesima direzione pare andare Corte cost. 26 giugno 2020, n. 131, quando afferma che "il modello configurato dall'art. 55 CTS ... non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata". A mio avviso, la posizione esposta in questa nota non può farsi discendere dal dettato dell'art. 55, D.Lgs. n. 117/2017 o dalla nozione di accordo amministrativo di cui all'art. 11, L. n. 241/1990.

(18) Così A. Lombardi - L. Gallo, *Vademecum. L'affidamento dei servizi sociali nel dialogo fra Codice dei contratti pubblici e Codice del Terzo settore*, 2022 (scaricabile da *www.anci.it*), 9, circa le convenzioni *ex* art. 56, D.Lgs. n. 117/2017.

(19) Non si può non citare sul punto la già ricordata Corte cost. 26 giugno 2020, n. 131, ampiamente commentata in A. Fici - L. Gallo - F. Giglioni (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, 2020.

(20) Con D.M. 31 marzo 2021, n. 72.

(21) ANAC, *Linee guida*, cit., 3.

(22) Oppure secondo forme di autorizzazione e accreditamento previste dalla legislazione regionale in materia (così ANAC, *Linee guida*, cit., 4).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


elencate nell'art. 5, D.Lgs. n. 117/2017 o, per le imprese sociali (essendo anch'esse incluse negli enti del Terzo settore contemplati dall'art. 55, D.Lgs. n. 117/2017), nell'art. 2, D.Lgs. n. 112/2017. Anzi, in forza dell'art. 118, comma 4, Cost., può sostenersi che la pubblica amministrazione, qualora si trovi nelle condizioni fattuali di poter scegliere quale procedura selettiva utilizzare (ad esempio, quando un dato servizio potrebbe effettivamente essere offerto da esistenti enti del Terzo settore), debba preferire quelle di cui agli artt. 55-57, D.Lgs. n. 177/2017 rispetto a quelle del codice dei contratti pubblici; in effetti, poiché gli enti del Terzo settore costituiscono una tipizzazione delle organizzazioni di cittadini evocate nella citata disposizione costituzionale (a loro volta costituenti una specie del genere rappresentato dalle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost.) (23), la pubblica amministrazione (non già può, bensì) deve favorirli nello svolgimento di attività di interesse generale.

L'assegnata priorità alle procedure selettive contemplate nel codice del Terzo settore non contrasta con il diritto dell'Unione europea, nella parte in cui impone il rispetto del diritto dei contratti pubblici al fine di "garantire la libera circolazione dei servizi e l'apertura ad una concorrenza non falsata e più ampia possibile negli Stati membri" (24).

Come infatti la Corte di Giustizia ha più volte ribadito (25), in accordo con la nostra Corte costituzionale (26), gli Stati membri rimangono competenti a organizzare e a modellare i loro sistemi di stato sociale (senza ovviamente introdurre o mantenere ingiustificate restrizioni all'esercizio delle libertà fondamentali) e, nell'esercizio di tale competenza, a selezionare in modo ragionevole determinate classi di operatori (nel nostro caso quelli del Terzo settore) più meritevoli di altre.

Quest'opera di selezione è significativamente esemplificata proprio in presenza dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, esaminati nella sentenza in esame e ormai oggetto di plurime sentenze sia della Corte di Giustizia, sia della nostra Corte costituzionale (27); la pubblica amministrazione, infatti, non può scegliere liberamente il prestatore di tali servizi sulla base del principio di concorrenza declinato nella disciplina dei contratti pubblici, essendo esclusi i servizi in esame dall'ambito di applicazione della predetta disciplina, qualora gli stessi siano "forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro" ai sensi dell'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE, recepita nel nostro ordinamento dall'art. 17, comma 1, lett. h), D.Lgs. n. 50/2016 (28).

La sentenza in commento esamina anche la convenzione di cui all'art. 57, D.Lgs. n. 117/2017 (29).

Questa convenzione costituisce una specie del genere corrispondente alla convenzione di cui all'art. 56, D.Lgs. n. 117/2017, la quale a sua volta costituisce una specie del genere corrispondente all'accordo di cui all'art. 11, L. n. 241/1990 (30), con il quale si conclude il procedimento di co-progettazione di cui all'art. 55, comma 3, D.Lgs. n. 117/2017; in effetti, (i) la convenzione *ex* art. 57, D.Lgs. n. 117/2017 riguarda una sola attività di interesse generale (i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza) e un'unica tipologia di enti del Terzo settore (le organizzazioni di volontariato) (31), (ii) la convenzione *ex* art. 56, D.Lgs. n. 117/2017 attiene alle sole "attività o servizi sociali di interesse generale" prestate da organizzazioni di volontariato o da associazioni di promozione sociale "in favore di terzi" (cioè a soggetti diversi dai membri delle associazioni eroganti (32)) e (iii) l'accordo *ex* art. 11, L. n. 241/1990 e art. 55, comma 3, D.Lgs. n. 117/2017 può essere stipulato da qualsiasi ente del Terzo settore e riguardare qualsiasi attività tra quelle contemplate negli artt. 5, D.Lgs. n. 117/2017 e 2, D.Lgs. n. 112/2017. Inoltre, le prime due classi di convenzioni si distinguono dall'ultima non solo per il fatto che all'operatore selezionato può riconoscersi "esclusivamente il rimborso ... delle spese effettivamente sostenute e documentate"

(23) Analoghi ragionamenti sono condotti nell'allegato al D.M. 31 marzo 2021, n. 72.

(24) Così Corte di Giustizia UE 11 dicembre 2014, cit., punto 51.

(25) Cfr., tra gli altri, Corte di Giustizia UE 11 dicembre 2014, cit., punti 55-59 e Corte di Giustizia UE 28 gennaio 2016, Casta e a. (C-50/14, EU:C:2016:56), punti 59-67.

(26) Ad esempio in Corte cost. 26 giugno 2020, n. 131.

(27) Sulle quali rimando ancora a F. Sanchini, *Profili costituzionali del Terzo settore*, cit., 120-141.

(28) Per un commento del succitato art. 17, comma 1, lett. h), D.Lgs. n. 50/2016 cfr. C. Pepe, *Esclusioni specifiche in determinati ambiti*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli - R. De Nictolis, I, Milano, 2019, 1026-1028.

(29) Sui criteri di valutazione da adottare nel procedimento di selezione ai sensi dell'art. 57, D.Lgs. n. 117/2017 cfr., da ultimo, A. Santuari, *Il servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza tra convenzioni e criteri di valutazione*, in *Sanità pubblica e privata*, 4/2022, 55 ss.

(30) Dello stesso avviso sono A. Lombardi - L. Gallo, *Vademecum*, cit., 67.

(31) F. Lenzi - A. Santuari, *L'affidamento del servizio di trasporto sanitario: problematiche aperte e prospettive*, marzo 2021 (scaricabile da *www.fondazioneitaliainsalute.org*), 2 s., ricordano la costante presenza delle organizzazioni di volontariato nell'erogazione del servizio di trasporto sanitario, anche prima della costituzione del Servizio Sanitario Nazionale.

(32) Similmente A. Lombardi - L. Gallo, *Vademecum*, cit., 43-44.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



(artt. 56, comma 2 e 57, comma 2, D.Lgs. n. 117/2017), ma anche per fatto che non sono stipulate al termine del procedimento di co-progettazione (33). Se la classificazione degli accordi amministrativi appena proposta è corretta, già oggi, in territori ove non fosse operante una convenzione ai sensi dell'art. 57, D.Lgs. n. 117/2017, qualsiasi ente del Terzo settore (eventualmente con la qualifica di impresa sociale, magari acquisita di diritto, essendo una cooperativa sociale) o qualsiasi loro aggregazioni (anche temporanee) (34) potrebbero attivare un procedimento di co-progettazione, presentando una proposta alla competente amministrazione pubblica, in qualità di aspiranti prestatori di servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, finalizzata a co-progettare il contenuto e le modalità di tali servizi e, auspicabilmente, a prestarli effettivamente, dopo aver stipulato un apposito accordo amministrativo al termine del procedimento in parola.

## Gli operatori da promuovere nella negoziazione con la pubblica amministrazione

Il diritto unionale dei contratti pubblici e il conseguente diritto italiano di recepimento contengono tre fattispecie molto interessanti per il giuscommercialista in generale e per chi si occupa di economia sociale in particolare: (i) quella già ricordata delle "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro" esercenti determinate attività; (ii) quella degli enti di cui all'art. 20, Dir. 2014/24/UE (recepito nel nostro ordinamento con l'art. 112, D.Lgs. n. 50/2016 (35)) "il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate" e la loro attività (qualunque essa sia (36)) venga svolta per almeno il trenta per cento dalle predette persone; (iii) quella delle organizzazioni di cui all'art. 77, Dir. 2014/24/UE (recepito nel nostro ordinamento con l'art. 143, D.Lgs. n. 50/2016) (37) aventi i seguenti tre requisiti: a) il "perseguimento di una missione di servizio pubblico" offrendo determinati servizi sanitari, sociali e culturali; b) il reinvestimento dei profitti nell'organizzazione o la loro distribuzione basata "su considerazioni partecipative"; c) una struttura interna che consenta la partecipazione di lavoratori, utenti e/o altri soggetti interessati.

La *prima* fattispecie - prevista anche nell'art. 10, par. 8, lett. g), Dir. 2014/23/UE (sull'aggiudicazione dei contratti di concessione) e nell'art. 21, lett. h), Dir. 2014/25/UE (sugli appalti pubblici in determinati settori), entrambe recepite dall'Italia con il D.Lgs. n. 50/2016 - è stata oggetto della sentenza qui commentata, anche in ragione del fatto che il Consiglio di Stato, nel richiedere sul punto l'interpretazione della Corte di Giustizia, ritenne che le cooperative sociali dovessero rientrare in tale fattispecie. Questa fattispecie è funzionale alla completa disapplicazione della disciplina dei contratti pubblici e all'applicazione, almeno in Italia, dell'alternativa disciplina del convenzionamento. Secondo il legislatore unionale (espressosi nel considerando 28, Dir. 2014/24/UE) la previsione della fattispecie in parola è volta a salvaguardare le peculiarità organizzative dei relativi enti, altrimenti difficilmente preservabili, qualora i prestatori dei servizi di cui all'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE fossero selezionati mediante appalti pubblici.

La *seconda* fattispecie - prevista anche nell'art. 24, Dir. 2014/23/UE e nell'art. 38, Dir. 2014/25/UE - corrisponde a mio modo di vedere a tre classi di soggetti, normalmente imprenditori secondo il vigente diritto italiano: (i) le cooperative sociali di tipo b; (ii) le imprese sociali non appartenenti alla classe *sub* (i), ma osservanti l'art. 2, commi 4 e 5, D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 112; (iii) gli altri enti esercenti le loro attività con almeno il trenta per cento dei loro lavoratori qualificati come persone svantaggiate. Questa fattispecie serve invece per consentire alla stazione appaltante di riservare agli operatori economici sussumibili in essa il diritto di partecipare alle procedure di appalto o a quelle di concessione.

La *terza* fattispecie - prevista anche nell'art. 94, Dir. 2014/25/UE - è la più vaga dal punto di vista del diritto delle organizzazioni, anche se in essa devono essere annoverate le cooperative (38) e (in ragione dei relativi vincoli nel perseguimento dello scopo lucrativo (39)) possono rientrarvi, a determinate

(33) A favore dell'alternatività tra le forme di co-programmazione e/o di co-progettazione *ex* art. 55, D.Lgs. n. 117/2017 e la sottoscrizione di convenzioni *ex* art. 56, D.Lgs. n. 117/2017 v. ANAC, *Linee guida*, cit., 3.

(34) Come ammettono, più in generale, A. Lombardi - L. Gallo, *Vademecum*, cit., 53.

(35) Sul quale v., da ultimo, ANAC, *Linee guida*, cit., 13-15.

(36) Per tutti, recentemente, Cons. Stato 24 febbraio 2022, n. 1300, ove si precisa che "gli appalti riservati ai sensi dell'art. 112 del D.Lgs. n. 50 del 2016 possono essere svolti anche per importi superiori alla soglia di rilevanza comunitaria e per tutte le tipologie di appalti/concessioni, senza alcun limite di oggetto".

(37) Non coincidente con quella di cui all'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE, come precisa CGUE 21 marzo 2019, cit., punto 60.

(38) In effetti, il considerando 118 della Dir. 2014/24/UE, esplicativo dell'art. 77 della stessa Direttiva, indica espressamente le cooperative come esempio delle organizzazioni di cui al citato art. 77, Dir. 2014/24/UE.

(39) Per CGUE 7 luglio 2022, cit., punti 31, 37 e 38, nella prima fattispecie di enti indicata nel testo possono far parte anche una

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


condizioni, anche le società consortili, le imprese sociali e gli imprenditori in forma di associazione e di fondazione. Questa fattispecie è utilizzabile dalla stazione appaltante per limitare ai soggetti appartenenti alla fattispecie in esame la partecipazione in procedure di appalto.
Questa intersezione tra diritto delle organizzazioni e diritto dei contratti pubblici è auspicabile che venga prossimamente disciplinata con maggior chiarezza, in ragione non solo dei forti dubbi delle stazioni appaltanti nel delineare all'interno dei relativi bandi il perimetro delle tre fattispecie sopra elencate, ma anche della necessità che l'amministrazione pubblica acquirente di beni e servizi sul mercato concorra con più efficacia ed efficienza nel rendere meno diseguale e più sussidiaria e solidale la nostra società.
Questo compito del legislatore nazionale dovrebbe presto essere facilitato dall'Unione europea, allorquando questa tratteggerà con più precisione (mediante una raccomandazione) la definizione di economia sociale e dunque i profili degli operatori economici da includere in essa (40).

### Le finalità sociali e non commerciali delle organizzazioni senza scopo di lucro

Secondo la Corte di Giustizia le "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro" di cui all'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE sono quelle che "hanno l'obiettivo di svolgere funzioni sociali", "non hanno finalità commerciali" e "reinvestono eventuali utili al fine di raggiungere l'obiettivo della stessa organizzazione o associazione" (41).
La Corte di Giustizia non spiega quale sia "l'obiettivo di svolgere funzioni sociali" e se tale obiettivo possa essere raggiunto solo coinvolgendo dei volontari nell'esercizio delle attività delle organizzazioni in esame.
Il dettato dell'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE non consente inoltre di ritenere automaticamente presente questo obiettivo, ogni volta che un'organizzazione svolga una o più delle attività elencate nella citata lettera *h*); il che è confermato dalla relativa attuazione italiana, ove si impone alle organizzazioni di volontariato, interessate a essere selezionate dalla pubblica amministrazione in via prioritaria per svolgere servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza ai sensi dell'art. 57, D.Lgs. n. 117/2017, di contribuire "a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà". Tuttavia, questi due requisiti coniati dalla Corte di Giustizia e dal legislatore italiano sono altrettanto enigmatici quanto quello previsto per qualsiasi ente del Terzo settore (diverso dalle cooperative sociali (42)): "finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale" (art. 4, comma 1, D.Lgs. n. 117/2017 e art. 1, comma 1, D.Lgs. n. 112/2017); finalità, queste ultime, che non sono anch'esse automaticamente rispettate per il semplice fatto che tali enti esercitino prevalentemente le attività di interesse generale elencate tassativamente nell'art. 4, D.Lgs. n. 117/2017 e nell'art. 2, D.Lgs. n. 112/2017.
Risulta altrettanto difficile comprendere il divieto di avere "finalità commerciali" sancito dalla Corte di Giustizia. In effetti, leggendo specialmente la sentenza qui commentata, ritengo che tale divieto non significhi che l'organizzazione senza scopo di lucro debba organizzare i fattori di produzione in modo da non potersi qualificare imprenditore secondo il diritto unionale. D'altra parte è pacifico per quest'ultimo diritto (ma anche per il diritto italiano) che la nozione di imprenditore sia compatibile con l'assenza di scopo lucrativo.
Il divieto in parola non può nemmeno essere letto nel senso che le attività contemplate nell'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE debbano avere come destinatari se non esclusivamente almeno prevalentemente soggetti estranei all'ente esercente tali attività; sicché la ragione che ha portato il legislatore italiano a contemplare solo le organizzazioni di volontariato e non anche le associazioni di promozione sociale nell'art. 57, D.Lgs. n. 117/2017 non corrisponde alla regola secondo la quale le prime devono operare "prevalentemente in favore di terzi" (art. 32,

porzione degli enti appartenenti alla terza fattispecie sopra esaminata, a condizione che questi ultimi enti "non perseguano scopi di lucro"; l'assenza di lucratività non è infatti un requisito richiesto per integrare la predetta terza fattispecie, la quale consente espressamente la distribuzione di utili "basata su considerazioni partecipative".

(40) Secondo la Comunicazione della Commissione europea, *Creare un'economia al servizio delle persone: un piano d'azione per l'economia sociale*, cit., 3, "l'economia sociale comprende i soggetti che condividono le caratteristiche e i principi comuni fondamentali descritti di seguito: il primato delle persone, nonché del fine sociale e/o ambientale, rispetto al profitto, il reinvestimento della maggior parte degli utili e delle eccedenze per svolgere attività nell'interesse dei membri/degli utenti ('interesse collettivo') o della società in generale ('interesse generale') e la *governance* democratica e/o partecipativa". In tale Comunicazione si precisa che la Commissione europea presenterà nel 2023 "una proposta di raccomandazione del Consiglio sullo sviluppo delle condizioni quadro dell'economia sociale" e che si dovrà migliorare l'accesso ai mercati da parte degli operatori dell'economia sociale grazie a un miglior uso negli Stati membri degli appalti pubblici socialmente responsabili.

(41) Così CGUE 21 marzo 2019, cit., punto 59.

(42) Almeno per E. Cusa, *Le cooperative sociali come doverose imprese sociali*, cit., 961-962.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



comma 1, D.Lgs. n. 117/2017), mentre le seconde svolgono le loro attività "in favore dei propri associati, di loro familiari o di terzi" (art. 35, comma 1, D.Lgs. n. 117/2017) e pertanto possono operare anche in una logica puramente mutualistica (cioè a servizio esclusivo dei propri associati).

Il requisito delle "finalità commerciali" non può neppure considerarsi come semplicemente ripetitivo del requisito della non lucratività, stante la chiara indicazione di segno opposto offertaci dalla Corte di Giustizia (43).

A mio avviso, le "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro" di cui all'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE "non hanno finalità commerciali", se esercitano le attività elencate nella citata lett. h) a titolo gratuito o dietro versamento di corrispettivi che non superino i costi effettivi; dunque, un vincolo relativo non già al soggetto agente, bensì a ciò che si riceve a fronte dello svolgimento delle attività in parola. Il che trova conferma nel diritto dell'Unione europea (44) e nel diritto italiano (45), secondo i quali queste organizzazioni non lucrative possono svolgere marginalmente delle attività dalle quali ricevere corrispettivi superiore al rimborso delle spese e dunque capaci di generare utili o avanzi di esercizio (46).

Ma, allora, il dettato dell'art. 57, D.Lgs. n. 117/2017 è coerente con l'interpretazione dell'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE offerta dalla Corte di Giustizia. In effetti, da un lato, vale unicamente per le organizzazioni di volontariato (e non anche per le associazioni di promozione sociale, le cooperative o le imprese sociali) la regola secondo la quale "per l'attività di interesse generale prestata ... possono ricevere soltanto il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate" (art. 33, comma 3, D.Lgs. n. 117/2017); dall'altro lato, gli artt. 56, comma 2 e 57, comma 2, D.Lgs. n. 117/2017 impongono alle amministrazioni pubbliche di "prevedere esclusivamente il rimborso ... delle spese effettivamente sostenute e documentate" nelle convenzioni aventi a oggetto i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza (47).

## Le finalità non lucrative e i ristorni

La giurisprudenza della Corte di Giustizia è certamente più chiara nel delineare il divieto di perseguire lo scopo lucrativo per le organizzazioni sotto scrutinio, cioè il dovere di reinvestire "eventuali utili al fine di raggiungere l'obiettivo della stessa organizzazione o associazione".

In *primo* luogo, non basta che il diritto nazionale riconosca un ente come di pubblica utilità per qualificarlo come organizzazione senza scopo di lucro ai sensi dell'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE, qualora il predetto diritto non imponga a tale ente anche il perseguimento di uno scopo non lucrativo (48).

In *secondo* luogo, non può esservi un'organizzazione senza scopo di lucro ai sensi dell'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE, qualora i suoi membri "possano ottenere un utile, anche indiretto, correlato alle attività di ... tale organizzazione" (49).

In *terzo e ultimo* luogo, v'è certamente perseguimento dello scopo lucrativo se i membri di una cooperativa si distribuiscano (anche solo) dei ristorni, essendo questi "uno strumento per attribuire un vantaggio ai soci di una cooperativa" e pertanto corrispondendo a una distribuzione di utili (50).

La Corte di Giustizia, con la sentenza del 7 luglio 2022, conferma quanto da tempo sostengo in forza sia del diritto unionale (51) sia del diritto italiano (52): i ristorni sono sempre una quota dell'utile di esercizio (53), quand'anche fossero regolati dalla coopera-

(43) Si legga CGUE 21 marzo 2019, *passim*, cit., ove si distingue l'assenza "di finalità commerciali" dall'obbligo di reinvestire "eventuali utili al fine di raggiungere l'obiettivo dell'organizzazione o dell'associazione".

(44) Cfr. Corte di Giustizia UE 28 gennaio 2016, cit., punti 78-79.

(45) Mi riferisco all'inciso contenuto nell'art. 33, comma 3, D.Lgs. n. 117/2017, relativo alle attività non di interesse generale che le organizzazioni di volontariato possono svolgere in via accessoria.

(46) Proprio le condizioni economiche imposte alle organizzazioni non lucrative che intendano svolgere in favore della pubblica amministrazione servizi di trasporto sanitario di urgenza costituiscono - secondo Corte cost. 23 febbraio 2022, n. 72 - una delle ragioni del fatto che l'art. 76, comma 1, D.Lgs. n. 117/2017 stabilisce la destinazione dei contributi per l'acquisto di autombulanze (da utilizzarsi esclusivamente per l'esercizio di attività di interesse generale) solo in favore delle organizzazioni di volontariato.

(47) Come però si precisa in Corte di Giustizia UE 11 dicembre 2014, cit., punto 62, "relativamente al rimborso dei costi occorre vegliare a che nessuno scopo di lucro, nemmeno indiretto, possa essere perseguito sotto la copertura di un'attività di volontariato, e altresì a che il volontario possa farsi rimborsare soltanto le spese effettivamente sostenute per l'attività fornita, nei limiti previamente stabiliti dalle associazioni stesse".

(48) Così CGUE 21 marzo 2019, cit., punto 56.

(49) CGUE 7 luglio 2022, cit., punto 38.

(50) In questo senso ancora CGUE 7 luglio 2022, cit., punto 39.

(51) E. Cusa, *Die Verwendung des Betriebsergebnisses*, in *Handbuch der Europäischen Genossenschaft (SCE)*, a cura di Schulze, Baden-Baden, 2004, 129 ss.

(52) E. Cusa, *Il diritto contabile delle cooperative*, in corso di pubblicazione, in *Riv. dir. comm.*, 4/2022.

(53) Da ultimo, nel medesimo senso, anche Cons. Stato 3 maggio 2022, n. 3460, ove si trova scritto che i ristorni tra soci sono "assimilabili alla ripartizione di utili".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


tiva come costi derivanti da appositi negozi parziari (54).
Risulta pertanto non condivisibile il documento OIC denominato *Specificità delle società cooperative. Emendamenti ai principi contabili nazionali*, datato 9 giugno 2022, secondo il quale i ristorni potrebbero essere contabilizzati come rettifiche di voci del conto economico (e dunque non come una quota dell'utile di esercizio) (55).
Se è vero che i ristorni implicano una distribuzione di utili, emerge con maggior evidenza la contraddizione presente nella disciplina italiana delle imprese sociali; queste imprese sono definite come "enti privati ... senza scopo di lucro" (nell'art. 1, D.Lgs. n. 112/2017), anche in ragione del fatto che le medesime rientrano nell'insieme degli enti del Terzo settore ai sensi dell'art. 4, comma 1, D.Lgs. n. 117/2017, tutti apparentemente caratterizzati dall'assenza dello scopo lucrativo; tuttavia, le imprese sociali in forma di società lucrativa o di società cooperativa possono distribuire (direttamente o indirettamente) una seppur limitata quota di utili tra i loro soci, ai sensi dell'art. 3, D.Lgs. n. 112/2017.

## Le cooperative possono essere organizzazione senza scopo di lucro

Contrariamente a quello che si potrebbe affermare a seguito di una frettolosa lettura della sentenza qui scrutinata, quest'ultima non impedisce di includere le cooperative nella classe delle organizzazioni di cui all'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE, così come interpretata con efficacia *erga omnes* da detta sentenza.
In effetti, dai punti 39 e 40 di questo pronunciamento ricavo che nell'individuare tali organizzazioni non basti escludere dal loro novero quelle aventi una disciplina legale che consenta di perseguire (anche solo limitatamente) i fini lucrativi e quelli commerciali già precisati, dovendosi accertare anche la loro concreta disciplina statutaria e negoziale.
Ma, allora, nella fattispecie di organizzazione indicata nell'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE possono essere sussunte anche le cooperative (non solo quelle sociali) e qualsiasi altro soggetto - potenzialmente o necessariamente non lucrativo - la cui disciplina negoziale (statutaria e/o regolamentare) impedisca di perseguire fini lucrativi e commerciali (56). Si immagini in proposito una cooperativa non sociale di produzione e lavoro che precludesse statutariamente qualsiasi distribuzione di utili tra i soci e che ricevesse (dalla pubblica amministrazione procedente e/o dagli utenti finali) una somma di denaro sufficiente a coprire solamente i costi sostenuti per eseguire i servizi di trasporto sanitario di urgenza.
Se applichiamo queste considerazioni agli enti regolati dal diritto italiano, dobbiamo far rientrare nei soggetti di cui all'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE non solo le organizzazioni di volontariato (necessariamente senza fini lucrativi e commerciali), ma anche, ad esempio, le associazioni di promozione sociale e le cooperative i cui statuti e/o regolamenti impongano l'assenza dei fini lucrativi e commerciali sopra ricostruiti (57).
Dal che discendono queste due importanti conseguenze.
La *prima*. Il Consiglio di Stato non potrà accogliere i due ricorsi presentati nei procedimenti sospesi in attesa della presente sentenza, la quale, pur essendo dichiarativa, produce effetti obbligatori per il giudice del rinvio; il rigetto dei predetti ricorsi, tuttavia, dipenderà non già dalla qualifica giuridica del ricorrente (cooperativa invece che organizzazione di volontariato con certe caratteristiche), bensì dalla concreta disciplina negoziale dello stesso, incapace di garantire la necessaria assenza di fini lucrativi.
La *seconda*. Lo Stato italiano potrebbe essere costretto a modificare l'art. 57, D.Lgs. n. 117/2017, in modo tale che i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza siano affidabili in convenzione prioritariamente a qualsiasi ente rispettoso (per legge e/o per propria regolazione negoziale) dei requisiti ricavabili dall'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE.
In effetti, se non si emendasse l'art. 57, D.Lgs. n. 117/2017 nel senso poc'anzi prospettato, si potrebbe sostenere non manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale della disposizione appena citata, nella parte in cui consente di

(54) Come quelli solitamente conclusi tra i soci cooperatori e le loro cooperative agricole di trasformazione e commercializzazione di beni agricoli; a favore del fatto che anche in questi casi i ristorni, necessariamente da fatturare, debbano essere intesi come "una parte di utile", si legga la recentissima sentenza rappresentata da Cass. Civ. 30 agosto 2022, n. 25495.
(55) Il suddetto documento è analizzato *funditus* da E. Cusa, *Il diritto contabile delle cooperative*, cit.
(56) A conferma del ragionamento riportato nel testo rammento CGUE 7 luglio 2022, cit., punto 31, ove si afferma che le cooperative sociali italiane potrebbero rientrare nelle organizzazioni di cui all'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE, "purché esse non perseguano scopi di lucro".
(57) La suddetta disciplina negoziale presuppone che si aderisca alla tesi di una parte della dottrina (qui rappresentata da E. Cusa, *La società consortile*, Torino, 2021, 122-123, ove altre citazioni di segno opposto), secondo la quale le cooperative possono statutariamente escludere la distribuzione non solo di dividendi ma anche di ristorni.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



affidare in via prioritaria (58) (ma la potestà legislativa concorrente delle Regioni potrebbe imporre di riservare, sempre in via prioritaria (59)) i servizi di trasporto sanitario urgente alle sole organizzazioni di volontariato con determinati requisiti (60); uno degli argomenti a sostegno dell'ipotizzata illegittimità costituzionale potrebbe essere quello della violazione da parte del legislatore delegato del cosiddetto divieto di *gold plating* (61); divieto, quello appena precisato, che è stato previsto specificatamente dall'art. 1, comma 1, lett. a), L. 28 gennaio 2016, n. 11 (62) (con la quale si delegò il Governo ad attuare le Dir. 2014/23/UE, Dir. 2014/24/UE e Dir. 2014/25/UE) e generalmente dall'art. 32, comma 1, lett. c), L. 24 dicembre 2012, n. 234 (valevole per qualsiasi atto di recepimento di direttive dell'Unione europea), ma che sarebbe stato violato dall'art. 57, D.Lgs. n. 117/2017; quest'ultima disposizione, infatti, nella misura in cui recepisce l'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE e l'art. 10, par. 8, lett. g), Dir. 2014/23/UE relativamente ai servizi di trasporto sanitario urgente, prevede livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dal diritto unionale.

Si potrebbero però confutare gli argomenti appena esposti, osservando come la scelta di sussumere nella fattispecie unionale delle "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro" le sole organizzazioni di volontariato con certe caratteristiche risponda al dovere costituzionale di favorire gli enti operanti con un adeguato tasso di solidarietà che sarebbe inequivocabilmente provato nel caso di specie dal preponderante e doveroso apporto di volontari nell'esecuzione dei servizi di trasporto sanitario di urgenza (63). La presenza dei volontari consentirebbe poi a queste organizzazioni di contribuire "effettivamente a una finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio" (64) e di rispettare il requisito di avere "l'obiettivo di svolgere funzioni sociali" prescritto dall'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE (65).

Nonostante i motivi indicati nel precedente capoverso, la Corte costituzionale potrebbe comunque concludere nel senso che l'art. 57, D.Lgs. n. 117/2017 (66) debba essere dichiarato incostituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. (stante l'irragionevole limitazione alle organizzazioni di volontariato) e dell'art. 76 Cost. (stante la violazione del divieto di *gold plating*); in effetti, il diritto unionale costringerebbe il legislatore italiano a prevedere la possibilità di assegnare in via prioritaria i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza a tutti gli enti (eventualmente circoscrivibili a quelli del Terzo settore) che, sulla base della loro disciplina legale e negoziale, da un lato assicurino di non perseguire lo scopo di lucro e dall'altro lato organizzino l'esecuzione di tali servizi, sia in modo che questi siano svolti mediante il lavoro

(58) Dunque, qualora non si riuscisse ad affidare i servizi di cui all'art. 57, D.Lgs. n. 117/2020 mediante convenzione, gli stessi dovrebbero essere affidati a un operatore economico selezionato sulla base prima delle procedure disciplinate dagli artt. 55 o 56, D.Lgs. n. 117/2017 e dell'art. 5, comma 1, L. n. 381/1991 e poi da quelle ai sensi del D.Lgs. n. 50/2016.

(59) Così ANAC, *Linee guida*, cit., 6, ove si precisa anche che è sufficiente per l'affidamento dei servizi indicati nel testo "l'istituzione di elenchi di fornitori e l'applicazione del principio di rotazione".

(60) La suddetta interpretazione dell'art. 57, D.Lgs. n. 117/2017 fu sostenuta dal Presidente del Consiglio dei ministri, nel suo ricorso volto a dichiarare l'incostituzionalità di una normativa della Regione Sardegna; tuttavia, in Corte cost. 26 novembre 2020, n. 255, non si prende posizione sul punto, limitandosi ad affermare che "non è di palmare evidenza che il citato art. 57 abbia voluto limitare l'istituto convenzionale, per il servizio di emergenza e urgenza, soltanto alle organizzazioni di volontariato, come dedotto dalla parte ricorrente, restringendo così il campo degli affidatari rispetto alla ricordata normativa europea e al codice degli appalti, che includono tale servizio tra quelli per cui è possibile derogare alle procedure di evidenza pubblica. La disposizione è esplicita nell'indicare la facoltà di affidare con convenzione il servizio alle associazioni di volontariato 'in via prioritaria'. Il che pone un problema interpretativo di soluzione non univoca, sul quale non fornisce argomenti la difesa dello Stato, così come non li fornisce riguardo all'applicabilità dell'art. 57 alle cooperative sociali, in ragione del rapporto tra il codice del terzo settore e la L. n. 381 del 1991, che lo stesso codice sembra qualificare come disciplina speciale". Se l'art. 57, D.Lgs. n. 117/2017 fosse interpretabile come sostenuto dal Governo italiano, le imprese sociali, tra cui le cooperative sociali, potrebbero essere prescelte per esercitare i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza solo mediante appalti o concessioni di servizi.

(61) Il suddetto assunto potrebbe essere sostenuto, nonostante la Corte di Giustizia, a conclusione della propria pronuncia del 7 luglio 2022, sembri consentire a uno Stato membro di circoscrivere la fattispecie di cui all'art. 10, lett. h), Dir. 2014/24/UE a una porzione degli enti sussumibili in tale fattispecie. In effetti, il divieto di *gold plating* non costituisce un principio del diritto dell'Unione europea (come emerge in Corte cost. 27 maggio 2020, n. 200) e dunque non è stato preso in considerazione dai giudici lussemburghesi nella controversia esaminata nella presente nota, mentre è un vincolo per il legislatore italiano (come illustrerò a breve nel testo), sul quale può pertanto basarsi l'intervento demolitore della Corte costituzionale italiana.

(62) Una disposizione della suddetta legge delega, assieme alla conseguente normativa delegata contenuta nel D.Lgs. n. 50/2016, sono state dichiarate incostituzionali con Corte cost. 23 novembre 2021, n. 218.

(63) Sul punto rimando, da ultimo, a Corte cost. 23 febbraio 2022, n. 72, ricordando anche che le amministrazioni pubbliche, "nei limiti delle risorse disponibili", devono promuovere "la cultura del volontariato" (art. 19, comma 1, D.Lgs. n. 117/2017).

(64) Corte di Giustizia UE 28 gennaio 2016, cit., punto 67.

(65) Corte di Giustizia UE 21 marzo 2019, cit., punto 61.

(66) Similmente, si potrebbe sostenere non manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 56, D.Lgs. n. 117/2017, valevole solo per le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale e non anche per gli altri enti del Terzo settore, considerato pure il rapporto di genere a specie tra questa disposizione e l'art. 57, D.Lgs. n. 117/2017, così come confermato in Corte cost. 26 novembre 2020, n. 255.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



prevalente dei volontari (67), sia in modo che gli enti prestatori ricevano al massimo il rimborso delle spese sostenute per detti servizi.

## Conclusioni

Riassumo le mie considerazioni espresse in questo commento con le seguenti tre proposizioni.
La *prima*. Per una società più giusta, sussidiaria e meno diseguale la prossima riforma della disciplina dei contratti pubblici dovrà meglio definire gli attori dell'economia sociale da promuovere con risorse pubbliche, tenendo conto delle classi di enti previste nel codice del Terzo settore.
La *seconda*. La cooperativa è un'organizzazione lucrativa, se distribuisce ai propri soci dei ristorni.
La *terza*. La disciplina legale dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza dovrebbe prevedere che le pubbliche amministrazioni possano prioritariamente riservare la relativa esecuzione alle organizzazioni senza scopo di lucro che prestino tali servizi ricevendo al massimo il rimborso delle spese e avvalendosi del lavoro prevalente di volontari.

(67) Il che può essere rispettato anche dalle imprese sociali e dalle cooperative appartenenti al Terzo settore; in effetti, in queste imprese "il numero dei volontari impiegati nell'attività d'impresa ... non può essere superiore a quello dei lavoratori" (art. 13, comma 2, D.Lgs. n. 112/2017) retribuiti, ma ciò non preclude di svolgere una parte delle loro attività (quella relativa ai servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza, probabilmente da mantenersi come secondaria per garantire la sostenibilità di tutte le attività svolte dal relativo ente) avvalendosi prevalentemente di volontari, a condizione che le prestazioni dei volontari siano utilizzate "in misura complementare e non sostitutiva rispetto ai parametri di impiego di operatori professionali previsti dalle disposizioni vigenti" (art. 13, comma 2-*bis*, D.Lgs. n. 112/2017).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

**IPSOA Manuali**

# Transazione fiscale nel Codice della crisi

Di Giulio Andreani, Angelo Tubelli

Illustra la disciplina della **transazione fiscale e previdenziale**, alla luce delle **rilevanti modifiche** introdotte dal **Codice della crisi e dell'insolvenza**.

Affronta **questioni interpretative e casi problematici sinora inesplorati** fornendo per ognuno di essi una soluzione, grazie all'ampio bagaglio di conoscenze degli Autori.

Y900LBN

Wolters Kluwer

wolterskluwer.com

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



## *Start up* innovativa

### Cassazione Civile, Sez. I, 7 luglio 2022, n. 32491 - Pres. M. Cristiano - Rel. P. Vella - Fallimento S.N.R. S.r.l. in liquidazione c. S.N.R. S.r.l. in liquidazione + Eletrix S.r.l. + 2 + Procura gen. Repubblica presso Corte Appello di Trieste

*Imprenditore commerciale* - Start Up *innovativa - Iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese - Autocertificazione del legale rappresentante - Presunzione di veridicità - Insussistenza - Sindacabilità in sede fallimentare - Conseguenze*

*(Legge fallimentare artt. 1, 15; L. 17 dicembre 2012, n. 221, artt. 25, 31)*

**L'iscrizione di una società quale *start-up* innovativa nella sezione speciale del Registro delle imprese, in base all'autocertificazione del legale rappresentante circa il possesso dei requisiti formali e sostanziali, ed alla successiva attestazione del loro mantenimento, ai sensi del D.L. n. 179 del 2012, art. 25, convertito dalla L. n. 221 del 2012, non preclude la verifica giudiziale dei requisiti medesimi in sede prefallimentare, in quanto la suddetta iscrizione costituisce presupposto necessario ma non sufficiente per la non assoggettabilità a fallimento, a norma dell'art. 31, D.L. cit., essendo necessario anche l'effettivo e concreto possesso dei requisiti di legge per l'attribuzione della qualifica di *start-up* innovativa.**

**La Corte (*omissis*).**

3.1. - Il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (cd. "decreto crescita-*bis*"), convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012 n. 221, contiene nella Sezione IX un'organica disciplina dell'impresa "*start-up* innovativa" (oltre che degli "incubatori certificati", ossia le società che offrono servizi a sostegno della nascita e dello sviluppo della prima), definita dall'art. 25, comma 2, come la "società di capitali, costituita anche in forma cooperativa, le cui azioni o quote rappresentative del capitale sociale non sono quotate su un mercato regolamentato o su un sistema multilaterale di negoziazione", che sia in possesso di una serie di requisiti, alcuni cumulativi, altri alternativi, *ivi* elencati.

Nel tempo, tale disciplina è stata più volte modificata, in particolare dal d.l. n. 76 del 2013, convertito dalla l. n. 99 del 2013, quindi dal d.l. n. 3 del 2015, convertito dalla l. n. 33 del 2015, e poi dal d.l. n. 50 del 2017, convertito dalla l. n. 96 del 2017.

Le finalità dell'intervento legislativo sono dichiaratamente quelle di "contribuire allo sviluppo di nuova cultura imprenditoriale, alla creazione di un contesto maggiormente favorevole all'innovazione, così come a promuovere maggiore mobilità sociale e ad attrarre in Italia talenti, imprese innovative e capitali dall'estero" (art. 25, comma, 1 d.l. 179 cit.), mediante l'attribuzione di un regime giuridico di favore che include agevolazioni di carattere fiscale, contributivo, lavoristico, societario e concorsuale.

In particolare, per quanto rileva in questa sede, il primo comma dell'art. 31 prevede che "la *start-up* innovativa non è soggetta a procedure concorsuali diverse da quelle previste dal capo II della legge 27 gennaio 2012 n. 3" ("Procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio").

Ciò significa che, in caso di insolvenza della *start-up*, non è possibile dichiararne il fallimento e che l'iniziativa per l'analoga liquidazione dei beni ai sensi dell'art. 14-*ter*, l. n. 3 del 2012 è riservata alla stessa *start-up* debitrice (solo con l'ormai prossima entrata in vigore del Codice della crisi e dell'insolvenza i creditori saranno legittimati, in determinati casi, a proporre la domanda di liquidazione controllata, ai sensi dell'art. 268, comma 2, come modificato dal d. lgs. n. 147 del 2020).

Tale regime di favore è però temporalmente circoscritto ai cinque anni dalla data di costituzione della società (termine così elevato rispetto agli originari 4 anni dal d.l. n. 50 del 2017, convertito dalla l. n. 96 del 2017), se avvenuta dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del d.l. n. 179 del 2012, come è per la SNR (costituita il 14/03/2016 e posta in liquidazione il 31/08/2017). Il termine quinquennale è invece ridotto a quattro, tre o due anni per le società costituite - rispettivamente - nei due, tre o quattro anni precedenti (art. 25, comma 3 d.l. cit.).

L'art. 31, comma 4, d.l. cit. prevede infatti che, alla scadenza dei suddetti termini - ma anche prima, "qualora la *start-up* innovativa perda uno dei requisiti previsti dall'articolo 25, comma 2" - "cessa l'applicazione della disciplina prevista" dalla stessa sezione.

3.2. - Sotto il profilo sostanziale, i requisiti necessari affinché una società possa essere qualificata come *start-up* innovativa sono dettati dall'art. 25, comma 2, d.l. cit., il quale prevede attualmente (dopo la soppressione nel 2013 della lett. a), che prescriveva il possesso della maggioranza delle azioni o quote da parte di persone fisiche), che essa: b) sia stata costituita e svolga la propria attività d'impresa da non più di 60 mesi (termine così aumentato nel 2015 rispetto agli originari 48 mesi e poi prorogato di 12 mesi dal d.l. n 34 del 2020, cd. "decreto rilancio"); c) abbia in Italia la propria sede legale, ovvero una sede produttiva o una filiale (qualora la sede si trovi in uno stato dell'Unione europea o aderente all'accordo sullo spazio economico europeo); d) a partire dal secondo anno di attività, abbia un totale del valore della produzione annua (dichiarato nella voce A del conto economico di cui all'articolo

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


2425 c.c.), risultante dall'ultimo bilancio approvato entro sei mesi dalla chiusura dell'esercizio, non superiore a 5 milioni di euro; e) non abbia distribuito utili dall'anno della costituzione, né li distribuisca per tutta la durata del regime agevolativo (di modo che eventuali profitti vengano reinvestiti nella stessa iniziativa imprenditoriale); f) abbia quale oggetto sociale esclusivo o prevalente "lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico" (nonché, dal 2015, "la promozione dell'offerta turistica nazionale attraverso l'uso di tecnologie e lo sviluppo di software originali, in particolare, agendo attraverso la predisposizione di servizi rivolti alle imprese turistiche"); g) non sia costituita per effetto di un'operazione di scissione o fusione né a seguito di cessione di azienda o di ramo di azienda; h) possegga, in aggiunta ai requisiti che precedono, almeno uno dei seguenti requisiti: 1) sostenimento di spese di ricerca e sviluppo pari ad almeno il 15% del maggior dato fra costo e valore totale della produzione (senza computare le spese per l'acquisto o la locazione di beni immobili), risultanti dall'ultimo bilancio approvato o, nel primo anno di vita, da dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante; 2) impiego di una forza lavoro (dipendenti o collaboratori a qualsiasi titolo) che per almeno un terzo sia in possesso o stia svolgendo un dottorato di ricerca, ovvero sia in possesso di laurea e abbia svolto da almeno tre anni attività di ricerca certificata, ovvero che almeno per due terzi sia in possesso di laurea magistrale; 3) titolarità (anche come depositaria o licenziataria) di almeno una privativa industriale relativa ad una invenzione industriale, biotecnologica, a una topografia di prodotto a semiconduttori o a una nuova varietà vegetale, ovvero dei diritti relativi ad un programma per elaboratore originario registrato, purché tali privative siano direttamente afferente all'oggetto sociale e all'attività di impresa.

3.3. - È subito il caso di evidenziare come i requisiti prescritti dalla legge, ed in modo particolare quelli alternativi contemplati nella lettera h), testimoniano l'intento del legislatore di incentivare, agevolandola, solo la *start-up* che sia effettivamente - e non solo formalmente o statutariamente - munita di una reale capacità innovativa, correlata alla propria concreta attività (è significativo, al riguardo, che la mera titolarità di un brevetto o di una privativa industriale non sia sufficiente se non direttamente collegata all'oggetto sociale e all'attività di impresa concretamente svolta).

In altri termini, effettività e concretezza costituiscono in modo evidente, a livello sostanziale, la cifra dell'intervento del legislatore.

Tuttavia, se le ulteriori disposizioni di natura procedimentale che si vanno ad analizzare - in punto di iscrizione nell'apposita sezione del Registro delle imprese - venissero interpretate nel senso formalistico divisato dal giudice a quo, quella ratio di effettività e concretezza ne resterebbe pregiudicata, se non vanificata.

3.4. - L'art. 25 del d.l. n. 179 del 2012 dispone che, "al fine di poter beneficiare della disciplina della presente sezione", la *start-up* innovativa, oltre a risultare in possesso dei requisiti sopra indicati, deve essere iscritta nell'apposita sezione speciale del Registro delle imprese di cui all'art. 2188 c.c. (comma 8); per ottenere tale iscrizione, il legale rappresentante della società deve depositare presso l'ufficio del Registro delle imprese un'autocertificazione circa la "sussistenza dei requisiti per l'identificazione della *start-up* innovativa" (comma 9); quindi, la *start-up* innovativa viene "automaticamente iscritta alla sezione speciale (...) a seguito della compilazione e presentazione della domanda in formato elettronico", contenente una lunga serie di informazioni (comma 12).

Una volta ottenuta l'iscrizione, il legale rappresentante deve attestare il mantenimento del possesso dei requisiti previsti dal secondo comma, mediante dichiarazione da depositare, di regola, entro trenta giorni dall'approvazione del bilancio, e comunque entro sei mesi dalla chiusura di ciascun esercizio (comma 15); il mancato deposito della suddetta dichiarazione periodica è equiparato alla perdita dei requisiti, la quale comporta in ogni caso la cancellazione della *start-up* dalla sezione speciale del Registro delle imprese entro i successivi sessanta giorni, su provvedimento del Conservatore impugnabile ai sensi dell'art. 2189, comma 3, c.c., ferma restando l'iscrizione nella sezione ordinaria (comma 16).

Come già visto, a norma del successivo art. 31 la disciplina agevolata cessa di avere applicazione non solo alla scadenza del quinquennio (o del diverso minor termine previsto dall'art. 25, comma 3), ma anche quando, prima di quel termine, la *start-up* innovativa perda uno dei requisiti previsti dall'art. 25, comma 2, "secondo quanto risultante dal periodico aggiornamento della sezione del registro delle imprese di cui all'articolo 25, comma 8" (comma 4).

La rilevanza dei benefici concessi ha indotto il legislatore a prevedere infine che, "allo scopo di vigilare sul corretto utilizzo delle agevolazioni e sul rispetto della disciplina di cui alla presente sezione, il Ministero dello sviluppo economico può avvalersi del Nucleo speciale spesa pubblica e repressione frodi comunitarie della Guardia di finanza" (comma 5).

4. - Così ricostruito il quadro normativo, occorre dare atto che una parte minoritaria della giurisprudenza di merito (v. Trib. Milano 7 settembre 2017), cui aderisce la decisione qui impugnata, valorizza queste ultime disposizioni di carattere procedimentale per sostenere che il dato formale dell'iscrizione della *start-up* innovativa nella sezione speciale del Registro delle imprese - e, specularmente, quello della sua cancellazione - costituirebbe in via esclusiva, esaurendolo, il presupposto della fruizione dei benefici di legge.

La tesi trova riscontro a livello dottrinario, ove si fa leva anche sulla maggiore certezza delle formalità di costituzione delle *start-up*, da cui deriverebbe la loro maggiore capacità di attrarre finanziamenti.

4.1. - Il Collegio ritiene invece più condivisibile la lettura meno formalistica e restrittiva, seguita dalla decisione di primo grado (poi riformata dalla Corte territoriale) e dalla prevalente giurisprudenza di merito (da ultimo, App. Milano 8 luglio 2021, Trib. Milano 8 aprile 2021, App.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


Brescia 25 gennaio 2021, Trib. Genova 3 novembre 2019, tutte in ambito prefallimentare), in base alla quale l'iscrizione nel Registro delle imprese rappresenta una condizione certamente necessaria, ma non anche sufficiente a garantire l'applicazione della disciplina agevolata e, segnatamente, l'esonero dalla dichiarazione di fallimento, dovendo essere sempre assicurato e verificato, nella sede giudiziale specificamente preposta, l'effettivo e concreto possesso dei requisiti prescritti, al di là della loro formale attestazione e di un loro riscontro meramente cartolare.

4.2. - Si tratta di un approccio seguito anche in dottrina, ove si sottolinea l'insufficienza di una mera declinazione formale di capacità innovativa da parte della società interessata, occorrendo i dati relativi a costi reali, personale qualificato e diritti di sfruttamento economico di invenzioni o trovati innovativi che testimonino, in concreto, l'esistenza di un'attività d'impresa effettivamente rivolta a creazione, sviluppo e commercializzazione di prodotti o servizi innovativi o ad alto contenuto tecnologico-scientifico.

Al tempo stesso sono stati segnalati i rischi di abusi e turbative del mercato e della concorrenza, a fronte di disposizioni incentivanti sul piano fiscale, finanziario, lavoristico e concorsuale, di società (in tesi) solo apparentemente caratterizzate come *start-up* innovative.

4.3. - La valutazione di questa Corte circa la tenuta dell'opzione ermeneutica sostenuta nella sentenza impugnata - per cui, a fronte di un ricorso per dichiarazione di fallimento, sarebbe precluso al giudice ordinario sindacare l'effettivo possesso in capo al debitore dei requisiti necessari per l'iscrizione nella sezione speciale del Registro delle imprese dedicata alle *start-up* innovative - è dunque negativa, essendo quell'opzione erroneamente fondata: i) sulla "presunzione di veridicità" che assisterebbe, anche in ragione della responsabilità penale che l'affianca, l'autocertificazione del legale rappresentante; ii) sulla esclusività dello strumento diretto a rimediare all'eventuale mendacio del legale rappresentante, individuato nell'art. 71, d.P.R. n. 445 del 2000, con riserva al Conservatore dell'ufficio del registro, semmai su segnalazione di qualsiasi interessato, dei "poteri di controllo circa la presenza o meno *ab origine* dei requisiti autocertificati", in vista della eventuale cancellazione della società dalla sezione speciale.

4.4. - L'erroneità di tali assunti poggia sulle osservazioni che si vanno ad illustrare.

5. - Va innanzitutto sgombrato il campo dalla pretesa "presunzione di veridicità" dell'autocertificazione resa dal legale rappresentante della *start-up* innovativa, sostanzialmente basata solo sul rilievo della responsabilità penale che l'assiste.

5.1. - Questa Corte ha già ampiamente chiarito che le dichiarazioni sostitutive di notorietà *ex* artt. 46 e 47, d.P.R. n. 445 del 2000 (*genus* cui è riconducibile la suddetta autocertificazione) esauriscono i loro effetti nell'ambito dei rapporti con la P.A., e non costituiscono *ex sé* prova in sede giudiziale, dove vanno adeguatamente valutate dal giudice (Cass. Sez. U, 12065/2014; Cass. 11276/2018, 8973/2020).

5.2. - Di conseguenza, l'attitudine certificativa della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, così come dell'autocertificazione in genere, ridonda in attribuzione di efficacia probatoria esclusivamente in alcune procedure amministrative, essendo viceversa priva di efficacia in sede giurisdizionale (cfr. Cass. 32568/2019).

6. - Anche il conseguimento dell'iscrizione nella sezione speciale del Registro delle imprese non assume valore dirimente.

6.1. - Ai sensi dell'art. 2193 c.c., l'iscrizione nel Registro delle imprese (disciplinato dalla legge istituiva n. 580 del 1993 e dal regolamento di attuazione di cui al d.P.R. n. 581 del 1993) ha natura di pubblicità dichiarativa, comportando una presunzione relativa di ignoranza dei fatti soggetti a iscrizione ma non iscritti (comma 1) ed una presunzione assoluta di conoscenza dei fatti regolarmente iscritti (comma 2); il successivo terzo comma fa salve specifiche disposizioni di legge, tra le quali rientra, in primis, l'efficacia costituiva dell'iscrizione delle società di capitali.

Quanto all'iscrizione nelle sezioni speciali del predetto registro, essa di regola comporta effetti di semplice pubblicità notizia, salva diversa previsione normativa. Ne costituisce un esempio l'art. 5 della l. n. 443 del 1985 (legge quadro sull'artigianato), il quale prevede che "l'iscrizione all'albo è costitutiva e condizione per la concessione delle agevolazioni a favore delle imprese artigiane".

6.2. - In mancanza di un'analoga disposizione che attribuisca espressamente natura costitutiva all'iscrizione nella sezione speciale delle *start-up* innovative (per quanto desumibile, in tesi, dal coacervo delle norme sopra esaminate), in dottrina si è sostenuto che tale iscrizione rappresenterebbe esclusivamente il presupposto per l'applicazione del regime giuridico privilegiato, dovendo comunque esservi corrispondenza tra le dichiarazioni autocertificanti degli amministratori e l'effettuale sussistenza e persistenza, nel periodo di riferimento, dei requisiti sostanziali prescritti dalla legge.

6.3. - L'aspetto riveste in realtà un interesse meramente classificatorio, se si considera che, proprio con riguardo all'iscrizione all'albo delle imprese artigiane, come visto di natura costituiva, questa Corte ha chiarito, anche alla luce dell'art. 36, d.l. n. 5 del 2012, convertito dalla l. n. 35 del 2012 (per cui il privilegio *ex* art. 2751-*bis* n. 5 c.c. spetta ai "crediti dell'impresa artigiana, definita ai sensi delle disposizioni legislative vigenti"), che essa integra un elemento necessario ma non sufficiente per definire l'impresa come artigiana, costituendo un "coelemento" della fattispecie acquisitiva della qualifica soggettiva, in concorso con i requisiti di cui agli artt. 3 e 4 della l. n. 443 del 1985, la cui sussistenza deve essere "verificata in concreto dal giudice" (v. Cass. 18723/2018, per cui la imprescindibilità dell'iscrizione è riconducibile alle ragioni di carattere formale sottese ad un regime pubblicitario volto principalmente a tutelare l'affidamento dei terzi che intrattengano rapporti con l'impresa).

Sul punto, merita condivisione il rilievo in base al quale una diversa opzione interpretativa, che, facendo leva sulla

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



natura costitutiva dell'iscrizione, affermasse "la sufficienza del mero dato formale a far presumere l'avvenuto controllo da parte dell'autorità amministrativa del possesso degli altri requisiti", colliderebbe frontalmente con il potere del giudice di disapplicare il provvedimento illegittimo, "in quanto adottato in assenza delle condizioni previste dalla legge per il riconoscimento della qualifica di impresa artigiana" (Cass. 18723/2018, 29916/2018).

6.4 - In questi termini va valorizzata la secolare tradizione giuridica fondata sull'art. 5 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, All. E (Legge abolitiva del contenzioso amministrativo) che, come di recente osservato, appartiene "ad un passato legislativo solo dal punto di vista anagrafico", essendo la sua vitalità, al contrario, "attualissima" (Cons. St. 6792/2020).

Pertanto, a fronte dei requisiti previsti dalla legge ai fini dell'iscrizione nel Registro delle imprese, l'attività di verifica rispetto all'atto amministrativo iscrizionale deve essere demandata "ogni volta e caso per caso" all'autorità giudiziaria, poiché quell'atto "non instaura una particolare presunzione" (da ultimo, Cass. 281/2021).

7. - Il medesimo ragionamento vale nella fattispecie in esame, una volta che ci si interroghi su quale sia l'autorità competente a verificare, in via esclusiva o concorrente, il possesso dei requisiti sostanziali della *start-up* innovativa di cui sia invocato il fallimento.

7.1. - In termini generali, l'art. 2189 c.c. prevede che, ai fini dell'iscrizione nel Registro delle imprese, su domanda dell'interessato (comma 1), il Conservatore deve "accertare l'autenticità della sottoscrizione e il concorso delle condizioni richieste dalla legge per l'iscrizione" (comma 2), con possibilità per l'interessato di ricorrere, entro otto giorni dal rifiuto dell'iscrizione, al Giudice del registro (comma 3), il quale ha anche il potere di procedere alla cancellazione d'ufficio delle iscrizioni avvenute in assenza delle condizioni richieste dalla legge (art. 2191 c.c.), fatta salva in ogni caso la possibilità per l'interessato di ricorrere al tribunale, entro quindici giorni dalla comunicazione dei suoi decreti (art. 2192 c.c.).

Autorevole dottrina declina l'intervento del Conservatore come "controllo qualificatorio", per descrivere l'attività di verifica diretta innanzitutto ai requisiti più strettamente formali della domanda (competenza, sottoscrizione, legittimazione ecc.) e poi alla sussistenza formale delle condizioni richieste dalla legge per l'iscrizione, *ivi* inclusa una circoscritta incursione nella legittimità sostanziale, limitatamente ai vizi tali da far escludere *prima facie* che l'atto sia riconducibile allo schema legale tipico.

Secondo l'orientamento prevalente nella giurisprudenza di merito (*ex multis*, Trib. Roma 5 aprile 2019), il controllo affidato al Conservatore è di tipo prettamente formale - così come di mera legalità è quello spettante in seconda battuta al Giudice del registro - in quanto limitato alla verifica della corrispondenza tipologica dell'atto da iscrivere a quello previsto dalla legge, senza alcuna possibilità di accertamento in ordine alla sua validità, controllo invece riservato alla sede giurisdizionale contenziosa.

7.2. - Tali principi generali sono applicabili, per coerenza sistematica, anche al controllo operato dall'Ufficio del registro delle imprese ai fini dell'iscrizione delle *start-up* innovative, con la conseguenza che la carenza formale dei presupposti (sia pure non limitata all'esistenza della domanda e dell'autocertificazione circa il possesso dei requisiti, ma estesa alla manifesta mancanza di elementi, emergente dall'esame degli stessi atti e documenti allegati) dovrebbe segnare il limite dell'intervento del Conservatore, non autorizzato ad entrare nel merito delle dichiarazioni presentate.

In altri termini, una volta riscontrato il deposito degli atti e documenti indicati dalla legge, non residua in capo all'Ufficio del registro un ulteriore ambito di controllo circa l'effettivo possesso dei requisiti, posto che la stessa legge non gli attribuisce il potere di compiere controlli ispettivi sostanziali, finalizzati al riscontro dell'effettivo carattere "innovativo altamente tecnologico" dei prodotti o servizi della *start-up*.

7.3. - A diverse conclusioni non induce, per la sua distinta sfera di operatività, il potere di vigilanza sul corretto utilizzo delle agevolazioni e sul rispetto della relativa disciplina, che l'art. 31, comma 5, d.l. n. 179 del 2012 attribuisce al Ministero dello sviluppo economico, con facoltà di avvalersi del "Nucleo speciale spesa pubblica e repressione frodi comunitarie" della Guardia di finanza.

Anzi, i controlli cui sono tenute le pubbliche amministrazioni, anche a campione, nei casi in cui sorgano fondati dubbi sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive, ai sensi dell'art. 71, comma 1, d.P.R. n. 445 del 2000, confermano semmai l'inesistenza di quella "presunzione di veridicità" predicata nella sentenza impugnata.

La stessa sorveglianza che l'art. 2188, comma 2, c.c. demanda al Giudice del Registro delle imprese si inscrive nell'ambito della volontaria giurisdizione esercitata a tutela di interessi generali, come la gestione di un pubblico registro (Cass. 2219/2009), che esula, per natura ed effetti, dal piano della giurisdizione in senso stretto.

7.3. - Deve quindi affermarsi la piena compatibilità tra il potere di controllo formale dell'Ufficio del registro delle imprese, sugli atti presentati a corredo della domanda di iscrizione di una *start-up* innovativa, ed il più ampio sindacato di merito su quegli stessi atti che spetta all'autorità giudiziaria competente ad esaminare la domanda di fallimento della *start-up* medesima.

7.4. - L'assunto trova riscontro anche in una recente decisione del giudice amministrativo, che, proprio con riguardo agli atti costitutivi delle *start-up* innovative, ha dichiarato illegittima la previsione della forma limitata alla "modalità telematica", in deroga all'onere formale dell'atto pubblico *ex* art. 2463 c.c. (art. 25, comma 17-*bis*, d.l. n. 179 del 2012, introdotto dal d.l. n. 135 del 2018, cd. "decreto semplificazioni" e d.m. 17 febbraio 2016), sul rilievo che ne risulterebbe impropriamente ampliato il potere di controllo dell'Ufficio del registro delle imprese, chiamato ad una "tipologia di verifica che non riguarda aspetti meramente formali" ma implica "un'indagine su aspetti non immediatamente desumibili dall'atto di cui si richiede la registrazione formale", ai fini del riscontro della "sussistenza delle particolari condizioni richieste dalla legge per le peculiari società che vengono in considerazione" (Cons. St. 2643/2021).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



7.5. - Può quindi dirsi destituita di fondamento la tesi che preclude, nel procedimento per la dichiarazione di fallimento, la verifica giudiziale circa l'effettivo possesso dei requisiti della *start-up* innovativa regolarmente iscritta nella sezione speciale del Registro delle imprese, non avendo il controllo formale esercitato dall'Ufficio del registro delle imprese efficacia ostativa ad una valutazione di merito da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria, munita anche del potere di disapplicare gli atti amministrativi non conformi a legge, ove accerti il difetto dei requisiti necessari ai fini dell'iscrizione.
8. - Anche sotto il profilo processuale della tutela dei diritti, la contraria opinione rende ingiustamente più onerose - in contrasto con gli artt. 24 Cost. e 6, par. 1, Cedu - le iniziative dei creditori di fronte alla insolvenza di un debitore iscritto nella sezione speciale delle *start-up* innovative, costringendoli ad adire preliminarmente il Conservatore, con eventuale ricorso al Giudice del registro e al Tribunale in sede di volontaria giurisdizione, per ottenerne la cancellazione, prima di poter presentare il ricorso per dichiarazione di fallimento *ex* art. 6 l.fall.
Senza considerare che l'eventuale permanenza sul mercato di una società insolvente - che si riveli poi effettivamente priva dei requisiti della *start-up* innovativa - coinvolge anche interessi pubblicistici.
Tantomeno simili compressioni dei diritti di azione a tutela del credito potrebbero giustificarsi con la supposta (ma come visto insussistente) presunzione di veridicità dei fatti autocertificati dal legale rappresentante della società.
9. - In ultima analisi, l'apparente antinomia tra le disposizioni degli artt. 25 e 31 del d.l. n. 179 del 2012 che configurano, per un verso, la necessità di verificare una serie di requisiti sostanziali della *start-up* innovativa (alcuni dei quali di natura prettamente meritale) e, per altro verso, una sorta di automatismo iscrizionale, basato sull'autocertificazione del legale rappresentante della società interessata, trova composizione nel principio di concomitanza (non escludente) tra un controllo di tipo formale, ai fini dell'iscrizione e cancellazione dalla sezione speciale del Registro delle imprese, rimesso all'autorità amministrativa, ed un vaglio di legittimità sostanziale, finalizzato alla verifica dell'esistenza della causa di esenzione da fallimento, rimesso all'autorità giudiziaria ordinaria.
Diversamente opinando, la fattispecie della *start-up* innovativa assurgerebbe ad un unicum di assoluta impermeabilità dell'operato amministrativo al controllo giudiziario, nonostante vengano in rilievo diritti di terzi e interessi generali dell'ordinamento da tutelare.
**(*omissis*).**

# L'iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese quale presupposto necessario ma non sufficiente per esonerare le *Start-up* innovative dal fallimento

*di Giuseppe Percoco (*)*

La Corte di cassazione, si esprime sulla disputa giurisprudenziale e dottrinale in tema di fallibilità di società qualificate *ex* art. 25, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 *Start-up* innovative. I Supremi Giudici individuano quale criterio guida per determinare se a tali enti siano applicabili le sole procedure da sovraindebitamento quello dell'effettiva esistenza dei requisiti previsti dal Legislatore, così prescindendo dalle risultanze del Registro delle Imprese. La nota, dopo una breve ricostruzione del quadro normativo di riferimento, analizza la nozione di *Start-up* innovativa soffermandosi sui criteri di innovatività tipici dell'istituto *de quo* e approfondisce il fenomeno della c.d. *Start-up* apparente, vale a dire quella società che - pur in assenza dei requisiti legali richiesti - si fregia di tale qualifica.
*The Supreme Court expresses its viewpoint with regards to a case-law dispute about the insolvency of Innovative Start-up. The judges identify as the guiding criteria to determine if only the overleveraging of these companies can be applied to the actual conditions laid down by the law-maker regardless of the findings of the business register. The final statement, after a brief study of the regulatory framework being analysed, examines the idea of an Innovative Start-up examining the criteria behind innovation of Illusory start up, that is to say those companies that while not meeting the legal requirements needed, say they are start up just the same.*

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



## 1. La vicenda

La I Sezione Civile della Suprema Corte di cassazione è intervenuta per chiarire i casi in cui una società possa essere esonerata dall'applicazione della procedura fallimentare in funzione dell'art. 31, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, che disciplina le procedure concorsuali applicabili alle società con qualifica di *Start-up* innovativa.

Il Fallimento (*omissis*) S.r.l. in Liquidazione ha presentato ricorso avverso la sentenza App. Trieste 8 ottobre 2018, n. 537 di revoca del fallimento della (*omissis*) S.r.l. dichiarato dal Tribunale di Udine con la sentenza 22 maggio 2018 (1), secondo cui non era applicabile alla società resistente l'art. 31, D.L. n. 179 del 2012, non sussistendo il requisito dell'innovatività dell'oggetto, né tantomeno quello inerente ai criteri di innovatività di cui all'art. 25, comma 1, lett. H), D.L. n. 179 del 2012.

Il ricorrente lamentava che l'iscrizione della società (*omissis*) S.r.l. nell'apposita sezione del Registro delle Imprese dedicata alle c.d. *Start-up* Innovative "è elemento necessario (a fini di pubblicità 'costitutiva' o 'normativa') ma privo di efficacia sanante della eventuale mancanza degli elementi costitutivi della fattispecie, non surrogabile dalla semplice autocertificazione del legale rappresentante, per quanto accompagnata da una specifica responsabilità penale (mentre la sua natura formalmente e sostanzialmente amministrativa è compatibile con il potere generale dell'autorità giudiziaria ordinaria di disapplicare l'atto amministrativo contrario alla legge (L. n. 2248 del 1865, artt. 4 e 5, all. E)".

Viceversa, la Corte d'Appello - riformando tale decisione - ha revocato il fallimento basandosi sul mero dato dell'iscrizione della società nell'apposita sezione del Registro delle Imprese.

L'arresto di cui in parola costituisce un importante punto di arrivo. La giurisprudenza di merito, infatti, si è ripetutamente espressa sul tema, giungendo a conclusioni antitetiche tra loro. Ad ogni modo, prima di addentrarci nel dibattito, è opportuno delineare il quadro normativo di riferimento.

## 2. L'impianto normativo di riferimento

Prima con il D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 (2), e poi per mezzo del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3 (3), il Legislatore ha messo "a disposizione degli *startuppers* uno strumento di facile utilizzo, che consenta loro, grazie a una serie di disposizioni di *favor*, tali da creare [...] un 'ambiente protetto', di potersi interamente dedicare alla valorizzazione dei loro progetti e alla promozione degli stessi sul mercato" (4).

È stato previsto un corpus normativo articolato e composito (5) che incentivi la nascita di imprese innovative denominate "*Start-up* Innovative", ne agevoli la crescita e lo sviluppo dell'attività e, nel caso in cui non dovessero ottenere il successo sperato, ne acceleri la procedura di liquidazione, onde eventualmente consentire all'imprenditore di dedicarsi ad un nuovo progetto (6).

(1) Trib. Udine 22 maggio 2018, in *Fallimento*, 12, 2018, 1445.

(2) Conv., con modif., dall'art. 1, comma 1, L. 17 dicembre 2012, n. 221, alla sezione IX contiene misure per la nascita e lo sviluppo di imprese *start-up* innovative.

(3) Conv. con modif., dall'art. 1, comma 1, L. 24 marzo 2015, n. 33, il cui art. 4 è rubricato piccole e medie imprese innovative.

(4) A. Bollettinari, *Costituzione della s.r.l. start up innovativa senza atto pubblico e conseguenze in caso di perdita dei requisiti innovativi (TAR Lazio, 2 ottobre 2017 n. 100004)*, in *Il nuovo diritto delle Società*, 2017, 12, 1508. Fine ultimo di detti interventi normativi - osserva A. Caprara, *Innovazione e Impresa innovativa*, in *Contr e impr.*, 2015, 1174. - voleva essere quello di promuovere la ricerca in prodotti e servizi innovativi, vale a dire quei "beni e servizi suscettibili di poter essere realizzati e commercializzati in forma di impresa e, soddisfacendo bisogni dei consumatori, favorire il benessere collettivo".

(5) Le norme che compongono tale *corpus*, come rilevato da A. Guaccero, *La* start up *innovativa in forma di società, a responsabilità. limitata: raccolta del capitale di rischio ed* equity crowdfunding, in V. Di Cataldo - V. Meli - R. Pennisi (a cura di), *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, I, 2015, Milano, 246 intervenendo "strutturalmente sull'organizzazione della forma giuridica dell'esercizio dell'impresa" ed "adottando un approccio al tema dell'incentivo all'innovazione del tutto peculiare, laddove la generalità degli ordinamenti si è limitata all'introduzione di sistemi di incentivo sostanzialmente pubblicistici", è risultata nella creazione di un quadro di riferimento nazionale coerente per le *start-up*.

È la Relazione illustrativa al D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 a mettere in evidenza come le misure di cui al D.L. 179 "sono tese a uno sviluppo armonico dell'ecosistema delle *start-up* e coinvolgono tutti gli attori in esso operativi. Questo approccio sistemico permette un'azione su tutte le fasi del ciclo di vita di una *start-up*. Intervenendo sulla semplificazione, riducendo gli oneri, prevedendo una disciplina specifica dei rapporti di lavoro si mira a creare condizioni e strumenti favorevoli per la nascita di nuove *start-up*. Favorendo gli investimenti in *start-up*, di provenienza tanto da cittadini privati quanto da aziende, e sostenendo gli incubatori e gli acceleratori, si favorisce inoltre la progressiva crescita delle *start-up*. Altre misure riguardano inoltre l'assoggettamento ad una procedura liquidatoria semplificata che contribuisca a incoraggiare molti potenziali nuovi imprenditori ad avviare una *start-up* innovativa, così come a cambiare la cultura prevalente che vede ancora nel mancato successo di un'idea di business soltanto la dimensione del fallimento e non anche quello di un accumulo di esperienza".

(6) Occorre rilevare che, come si evince già dalla semplice traduzione letterale dell'espressione *start-up* in lingua italiana ("avviare", "avviamento"), il Legislatore ha inteso circoscrivere l'ambito definitorio agli enti che si trovano in uno stadio coincidente con la fase iniziale dell'attività d'impresa, il quale, evidentemente, va temporalmente circoscritto, così da accordare - almeno nell'originario impianto normativo - solo a queste società lo specifico statuto di cui si dirà *infra*.

A tal fine, l'art. 25, comma 2, lett. b), D.L. n. 179/2012 prevede che non possa qualificarsi *start-up* innovativa un'impresa costituita da

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



In particolare, ai sensi dell'art. 25, comma 2, D.L. n. 179/2012, si qualifica impresa *start-up* innovativa una società di capitali non quotata, costituita da non più di cinque anni e operante in un settore innovativo (7).

Dall'analisi della definizione si individua l'esaltazione del fondamentale elemento dell'innovatività (8) che, oltre a dover costituire l'oggetto sociale della *start-up* innovativa, viene enfatizzato dai cc.dd. indici di innovatività di cui all'art. 25, comma 2, lett. h), D. L. 179/2012 (9).

Affinché si possa reputare integrata la fattispecie normativa, è sufficiente la presenza di uno di questi requisiti: sono alternativi ed equivalenti sul piano giuridico; ciò implica, al contempo, che "la società può mutare nel corso del tempo il tipo di requisito innovativo che soddisfa senza perdere la sua qualifica di impresa innovativa" (10).

In definitiva, la sussistenza di almeno uno di questi attributi risulta essere fondamentale per la qualificazione di un'impresa come innovativa, per lo meno in senso giuridico (11): mentre il primo è legato

più di 5 anni: secondo la prognosi legislativa, trascorso tale intervallo temporale, si è in presenza di un'impresa "matura" che è ormai in piena attività.

Disposizione, quella appena menzionata, che va letta in combinato con quanto previsto dall'art. 31, comma 4, D.L. 179, il quale improrogabilmente fissa il termine massimo di durata dei benefici previsti per le *start-up* innovative in cinque anni dalla data di costituzione.

Come rileva E. Fregonara, *La* start up *innovativa. Uno sguardo all'evoluzione del sistema societario e delle forme di investimento*, cit., 32, si tratta di un lasso temporale che involge la fase dell'attività economica "durante la quale si svolgono le operazioni di avvio, comunque iniziali, dell'attività che deve essere, infatti, nuova ed innovativa. In questo senso, [... cinque] anni è stato ritenuto il periodo di tempo necessario per l'avviamento di un'impresa, al fine di evitare la sua 'morte in culla'".

(7) *Ex* art. 25, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 "Ai fini del presente decreto, l'impresa *start-up* innovativa, di seguito '*start-up* innovativa', è la società di capitali, costituita anche in forma cooperativa, le cui azioni o quote rappresentative del capitale sociale non sono quotate su un mercato regolamentato o su un sistema multilaterale di negoziazione, che possiede i seguenti requisiti:

[[a) i soci, persone fisiche, detengono al momento della costituzione e per i successivi ventiquattro mesi, la maggioranza delle quote o azioni rappresentative del capitale sociale e dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria dei soci;]

b) è costituita da non più di sessanta mesi;

c) è residente in Italia ai sensi dell'articolo 73 del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, o in uno degli Stati membri dell'Unione europea o in Stati aderenti all'Accordo sullo spazio economico europeo, purché abbia una sede produttiva o una filiale in Italia;

d) a partire dal secondo anno di attività della *start-up* innovativa, il totale del valore della produzione annua, così come risultante dall'ultimo bilancio approvato entro sei mesi dalla chiusura dell'esercizio, non è superiore a 5 milioni di euro;

e) non distribuisce, e non ha distribuito, utili;

f) ha, quale oggetto sociale esclusivo o prevalente, lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico;

g) non è stata costituita da una fusione, scissione societaria o a seguito di cessione di azienda o di ramo di azienda".

(8) Osserva E. Fregonara, *La* start up *innovativa. Uno sguardo all'evoluzione del sistema societario e delle forme di investimento*, Milano, 2013, 38 che "le imprese *start up* 'non innovative' sarebbero certamente più numerose: tuttavia il legislatore, probabilmente per ragioni di politica-economica, nell'elargire le agevolazioni ha inteso limitarle a quei settori nei quali il nostro Paese risulta ancora debole rispetto ad altri più digitalizzati ed industrializzati".

(9) Prevede l'art. 25, comma 2, D.L. n. 179 del 2012 che una *start-up* innovativa "h) possiede almeno uno dei seguenti ulteriori requisiti:

1) le spese in ricerca e sviluppo sono uguali o superiori al 15 per cento del maggiore valore fra costo e valore totale della produzione della *start-up* innovativa. Dal computo per le spese in ricerca e sviluppo sono escluse le spese per l'acquisto e la locazione di beni immobili. Ai fini di questo provvedimento, in aggiunta a quanto previsto dai princìpi contabili, sono altresì da annoverarsi tra le spese in ricerca e sviluppo: le spese relative allo sviluppo precompetitivo e competitivo, quali sperimentazione, prototipazione e sviluppo del business plan, le spese relative ai servizi di incubazione forniti da incubatori certificati, i costi lordi di personale interno e consulenti esterni impiegati nelle attività di ricerca e sviluppo, inclusi soci ed amministratori, le spese legali per la registrazione e protezione di proprietà intellettuale, termini e licenze d'uso. Le spese risultano dall'ultimo bilancio approvato e sono descritte in nota integrativa. In assenza di bilancio nel primo anno di vita, la loro effettuazione è assunta tramite dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante della *start-up* innovativa;

2) impiego come dipendenti o collaboratori a qualsiasi titolo, in percentuale uguale o superiore al terzo della forza lavoro complessiva, di personale in possesso di titolo di dottorato di ricerca o che sta svolgendo un dottorato di ricerca presso un'università italiana o straniera, oppure in possesso di laurea e che abbia svolto, da almeno tre anni, attività di ricerca certificata presso istituti di ricerca pubblici o privati, in Italia o all'estero, ovvero, in percentuale uguale o superiore a due terzi della forza lavoro complessiva, di personale in possesso di laurea magistrale ai sensi dell'articolo 3 del regolamento di cui al decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca 22 ottobre 2004, n. 270;

3) sia titolare o depositaria o licenziataria di almeno una privativa industriale relativa a una invenzione industriale, biotecnologica, a una topografia di prodotto a semiconduttori o a una nuova varietà vegetale ovvero sia titolare dei diritti relativi ad un programma per elaboratore originario registrato presso il Registro pubblico speciale per i programmi per elaboratore, purché tali privative siano direttamente afferenti all'oggetto sociale e all'attività di impresa".

(10) S. Micossi, *Le imprese innovative*, in *RN*, 2016, 191.

(11) Con riferimento alle verifiche da parte delle Camere di Commercio è di rilievo quanto previsto in Ministero dello Sviluppo Economico, *Circolare 3696/C del 14 febbraio 2017*, Startup *innovative e PMI innovative. Limiti delle verifiche in capo agli uffici riceventi*, in *mise.gov.it*, p. 6 ove si offrono precisazioni sui tre parametri di cui alla citata lett. h).

Per ciò che attiene al primo punto, in particolare, si prevede che la CCIA - sulla base della documentazione prodotta per l'iscrizione o già in suo possesso (ad esempio i bilanci che già dovrebbero essere depositati) - dovrà verificare il rapporto percentuale delle spese di R&S senza che sia condotta un'analisi ispettiva.

In tema di verifiche sul parametro relativo al personale, questa dovrà essere di carattere sostanziale (riferibilità cioè alla declaratoria della norma), quantitativa (verifica della rispondenza della percentuale) e qualitativa (verifica della rispondenza della percentuale alle specializzazioni del personale). Con riferimento all'aspetto sostanziale] la norma consente, in armonia con l'attuale disciplina giuslavoristica, che l'impiego del personale qualificato possa avvenire sia in forma di lavoro dipendente che a titolo di parasubordinazione o comunque "a qualunque titolo". [...] Tuttavia la locuzione "collaboratore a qualsiasi titolo" non può scindersi

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



all'impiego delle risorse e vuole orientarlo verso attività caratteristiche per società di questo genere (12), il secondo tende a valorizzare il "fattore lavoro" riconoscendo i benefici a società che impiegano personale particolarmente qualificato (13), e, infine, l'ultimo induce gli enti che ambiscono al qualificato di "innovativi" a rivolgere la propria attività di ricerca verso beni immateriali.

L'individuazione di almeno uno dei suddetti requisiti costituisce elemento necessario, ma non ancora sufficiente, per qualificare la società come *start-up* innovativa, giacché, a differenza di quanto accade in altri ordinamenti europei, il Legislatore pretende che la vocazione innovativa di questi enti si possa desumere anche dalle caratteristiche dell'oggetto sociale (14).

Come si evince dall'architettura normativa, infatti, il legislatore si premura di attribuire tale qualifica esclusivamente a società che effettivamente sono operanti nei settori innovativi. Ecco allora come la *start-up* innovativa si debba necessariamente dedicare - in via quantomeno prevalente - all'attività di sviluppo, produzione e commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico (15).

Per espressa previsione legislativa, inoltre, le società con questa qualifica devono iscriversi in apposita sezione del registro delle imprese istituita *ex* art. 25, comma 5, D.L. n. 179/2012 ove si stabilisce che la mancanza di tale iscrizione non può consentire alle società la fruizione dei benefici previsti proprio per le *Start-up* Innovative. È, quella appena descritta, una peculiare forma di pubblicità, che si aggiunge ed affianca a quella prevista dal codice civile.

In sostanza, una società, per essere qualificata *start-up* innovativa, è onerata di compilare e presentare elettronicamente al Registro delle Imprese apposita domanda. Al fine di attestare la sussistenza dei requisiti normativi, il legale rappresentante dell'ente deve produrre apposite autocertificazioni da allegare alla medesima (cfr. art. 25, comma 9, D.L. n. 179/2012) (16).

Per mezzo di queste ultime, in particolare, si deve attestare la sussistenza di quei presupposti (si pensi alle spese in R&S che si intendono far valere onde

dall'altra "impiego". In merito alla seconda verifica (quantitativa), l'ufficio è tenuto a controllare che nell'apposito campo informativo compilato dall'impresa siano stati descritti i titoli accademici più elevati conseguiti dai membri del team, facendo emergere con chiarezza il conseguimento della percentuale abilitante. Per ciò che attiene al terzo aspetto l'ufficio è chiamato, nei limiti e secondo i principi stabiliti dall'art. 71, d.P.R. n. 445 del 2000, a riscontrare l'autenticità delle dichiarazioni rese dall'impresa.

Infine, relativamente al terzo punto le CCIA provvederanno, sempre alle condizioni stabilite dal predetto art. 71, tramite accesso alla banca dati dell'Ufficio italiano brevetti e marchi e allo speciale registro tenuto dalla Società italiana autori ed editori, per i programmi *software* originali.

(12) A tale riguardo, rileva G.P. La Sala, Start-up *innovative: fattispecie e costituzione in forma di s.r.l.*, in *Riv. Società*, 5/6, 2017, 1133 che "in ogni esercizio la società deve sostenere nuovi costi di ricerca e sviluppo nella percentuale indicata, in aderenza al termine 'spese', utilizzato dalla disposizione in oggetto in rapporto al costo o al valore annuo della produzione, nonché in ossequio al principio di continuità nell'osservanza degli indicatori ai fini della conservazione dell'iscrizione nella sezione speciale. Tale lettura si armonizza peraltro con il requisito del personale qualificato [lett. h), n. 2)], il cui rispetto comporta la sopportazione di un costo annuale in risorse umane. Ne consegue che non possono contribuire al raggiungimento della soglia le immobilizzazioni immateriali iscritte in bilancio negli esercizi precedenti".

(13) Con riferimento alle società in possesso di tale requisito M. Cossu, *Le* start up *innovative in forma di società a responsabilità limitata: profili privatistici*, in *Società, banche e crisi di impresa.* Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso - V. Cariello - V. Di Cataldo - F. Guerrera - A. Sciarrone Alibrandi, Torino, 2014, II, 1706, parla di "*start-up* innovativa accademica".

(14) In particolare, in Francia, l'art. 44-*sexies*-OA, *Code Général des Impôts* (CGI), come modificato dall'art. 42 dell'*Ordonnance* 25 luglio 2013, n. 676) ha introdotto la qualifica di *jeune entreprise innovante* (JEI), riservata alle nuove società che investono in ricerca e sviluppo. Queste, per essere così qualificate, devono soddisfare precise condizioni: (I) essere una PMI, (II) essere costituita da meno di otto anni, (III) il capitale deve essere detenuto per almeno il 50% da persone fisiche, o da altri JEI posseduti per almeno il 50% da persone fisiche, da associazioni o fondazioni riconosciute di pubblica utilità a fini scientifici o da istituti di ricerca e di istruzione o da società di investimento; (IV) non essere stata creata come parte di una concentrazione, ristrutturazione, espansione di un'attività preesistente o acquisizione (V) effettuare spese di ricerca e sviluppo di almeno il 15% rispetto alle spese complessive annue. Il legislatore francese non fa alcun cenno all'oggetto sociale ma, per determinare l'innovatività dell'ente, si riferisce a dati desumibili dal bilancio.

(15) Ritiene M. Cossu, *Le* start up *innovative in forma di società a responsabilità limitata: profili privatistici*, cit., 1705 ss., per ciò che attiene al rapporto tra oggetto sociale nel suo complesso ed attività innovativa, che quest'ultima deve essere quantomeno prevalente; ne deriva che "come la cooperativa non perde il requisito della prevalenza se opera in via residuale sul mercato, così, oltre che in settori 'innovativi' alla *start up* è consentito [...] operare in via residuale in settori d'impresa 'maturi'".

Lamenta M. Cian, *Le società* start-up *innovative. Problemi definitori e tipologici*, cit., 422, come "il riferimento all'oggetto sociale [...] a valenza tecnologica [...] è proprio quello che determina il maggior grado di vaghezza che il nuovo istituto presenta".

Sul punto si rinvia anche a L. Salvatore, *Le* start up *innovative tra dato normativo e prassi contrattuale*, in *Le operazioni di finanziamento*, opera ideata e diretta da F. Galgano, proseguita e curata da E. Panzarini con A.A. Dolmetta - S. Patriarca, Bologna, 2016, 1632.

(16) Molti dei requisiti richiesti per l'attribuzione della qualifica di *start-up* innovativa sono di difficile verifica se non addirittura di natura programmatica. Da ciò è forse dipesa la scelta legislativa di esigere che questi fossero autocertificati dalla società. Secondo Trib. Torino 10 febbraio 2017, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1, 2018, 62 "l'autocertificazione da un lato è chiaro segnale di una scelta normativa per la semplificazione e accelerazione del procedimento di iscrizione (e mantenimento dell'iscrizione) della società nella sezione speciale; dall'altro rappresenta la ragionevole presa d'atto che taluni dei requisiti del tipo - in particolare il carattere innovativo e altamente tecnologico del bene e/o servizio o procedimento - non sono suscettibili di agevole e univoca verifica documentale da parte dell'Ufficio. Pertanto devono restare affidati, almeno in prima analisi, alla responsabilità anche penale del dichiarante".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



rientrare nell'indice di innovatività di cui all'art. 25, comma 2, lett. h, n. 1, D.L. n. 179/2012) che non sono desumibili dall'atto costitutivo né tantomeno da altra documentazione, trattandosi di società di nuova costituzione.
Una volta ricevuta la domanda, la società è automaticamente iscritta nella sezione speciale delle *start-up* (17). Iscrizione, questa, dalla quale dipende - tra l'altro - l'esenzione dal fallimento.

### 3. L'esonero dal fallimento

Come si anticipava, in funzione delle peculiarità delle società che assumono la qualifica *de qua*, il Legislatore del 2012 ha introdotto un *corpus* normativo specifico per tali enti, stabilendo, peraltro, che a queste società sono applicabili le sole procedure concorsuali previste dal Capo II della L. 27 gennaio 2012, n. 3 (rubricato "Procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio").
Le motivazioni che giustificano la scelta sono molteplici. In primo luogo, è noto come in fase di avvio le imprese sono più fragili (18). Inoltre, se operanti in settori innovativi, il rischio di insuccesso cresce esponenzialmente, considerando che il risultato dell'investimento - si pensi, ad esempio, a quello molto oneroso per attività di R&S - potrebbe non arrivare mai o anche solo giungere troppo tardi (19).
Sebbene l'utilizzo di determinati tipi societari ponga al riparo i soci dal rischiare il patrimonio personale, vero è anche che l'apertura di una tra le procedure concorsuali prevista per le imprese commerciali potrebbe incidere negativamente sulla possibilità di avviare una nuova attività d'impresa in breve termine. Ciò poiché l'insolvenza dell'imprenditore può - quantomeno - complicare l'inizio di una nuova attività.
Bisogna, inoltre, considerare che il patrimonio stesso di questi enti si rivela nella maggioranza dei casi "povero" di beni prontamente liquidabili, ma composto anzitutto da *know how* e c.d. *intangibles* inseriti nell'impresa e valorizzabili quasi esclusivamente all'interno di questa. Si pone, allora, il rischio di un fallimento da aprire - con automatico pregiudizio per l'attività - e subito dopo chiudere per la misura esigua dell'attivo (20).
In questa prospettiva, non sembra essere casuale che proprio al Legislatore del 2012, e cioè quello al quale risalgono i primi interventi normativi a sostegno dell'imprenditorialità innovativa, si debbano le iniziative più significative a tutela dell'avviamento e della continuità aziendale nel sistema concorsuale "tradizionale" (21).

(17) Così prevede l'art. 25, comma 12, D.L. n. 179/2012, ove si specificano tutte le informazioni che devono essere indicate. Ciò, tuttavia, non deve far pensare che il Registro delle Imprese possa limitarsi a verificare la mera presentazione del modello debitamente compilato. Il MISE, nell'ambito della *Circolare 3696/C del 14 febbraio 2017, Startup innovative e PMI innovative. Limiti delle verifiche in capo agli uffici riceventi*, in *mise.gov.it*, precisa che "affinché la società sia 'automaticamente iscritta alla sezione speciale' deve verificarsi che si tratti effettivamente di un'impresa dotata dei requisiti di *startup* innovativa di cui all'art. 25, comma 2. [... infatti è] evidente il nesso causale che lega la definizione della società quale *startup*, con la sua inscrivibilità (alle condizioni di cui al comma 12) in sezione speciale". Peraltro, nella medesima circolare, sono individuati i limiti e le modalità dell'espletamento di tali controlli (v. *retro*, par. 2.1. per ciò che attiene le verifiche sull'innovatività dell'oggetto sociale). Sul punto v. anche G.M. Miceli, *Poteri di controllo del Registro delle imprese*, in *Giur. it.*, 2020, 1, 124 ss.

(18) È da tempo che gli studi teorici ed empirici condotti evidenziano l'alto tasso di "mortalità" nei primi anni delle nuove imprese; *ex multis* v. A. Arrighetti, *La mortalità delle imprese industriali: evidenze empiriche e implicazioni sulle politiche del lavoro*, in *Economia & Lavoro*, 1989, 2, 51 ss.; D.B. Audretsch - T. Mahmood, *New Firm Survival: New Results Using a Hazard Function*, in *The Review of Economic and Statistics*, 1995, 97 ss.; M.E. Beesley - R.T. Hamilton, *Small Firms' Seedbed Role and the Concept of Turbolence*, in *The Journal of Industrial Economics*, 1984, 217 ss.; B. Contini - R. Revelli, *Imprese, occupazione e retribuzioni al microscopio*, Bologna, 1992; M. Vivarelli, *Natalità e mortalità delle piccole imprese: un modello interpretativo*, in *L'Industria*, 1991, 3, 467 ss.
In base ad un'elaborazione del Centro Studi della CGIA di Mestre, il 55,2% delle nuove imprese avviate in Italia cessa la propria attività nei primi cinque anni di attività (dati 2014). Se allarghiamo l'ambito geografico della nostra indagine rileviamo - sulla base dei dati Eurostat - che la percentuale media di imprese dell'Unione Europea nate nel 2012 e sopravvissute dopo 3 anni (2015) è del 56,2%, mentre al 2017 (dopo 5 anni) è del 43,9%.

(19) Dallo studio condotto da D. Mascia, *Competenze interne*, in AA.VV., *Le imprese* start-up *nei* business *ad alta innovazione: caratteristiche e fattori di successo*, cit., 20 ss., si desume che l'elemento distintivo delle *start-up* nei settori ad alta innovazione tecnologica è costituito dall'elevata spesa in ricerca e sviluppo che permette una remunerazione solo nel lungo periodo.
Nella letteratura economica si osserva un aumento dei rischi aziendali nel passaggio dalla realizzazione di prodotti e servizi "tradizionali" a quelli innovativi. Al riguardo cfr. A. Floreani, Enterprise risk management. *I rischi aziendali e il processo di* risk management, Milano, 2004.

(20) Come rileva G. Bruni, *L'impresa innovativa. Criticità strategiche e strutturali*, in *Riv. italiana di ragioneria e di economia aziendale*, 2009, 1/2, 16, nel caso dell'impresa innovativa si assiste al "passaggio dalla costituzione strutturale dell'impresa, essenzialmente, se non esclusivamente, materiale, ad un crescente contributo di immaterialità nei fattori produttivi impiegati, fino a pervenire, tendenzialmente, al limite, estremo, dell'impresa cosiddetta virtuale resa operativa tramite sistemi informatici e telematici".

(21) Si allude principalmente all'introduzione, per opera del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, del c.d. "concordato con continuità", significativamente valorizzato dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ma tuttora regolato anzitutto dall'art. 186-*bis* l.fall.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



A questi profili di criticità si somma la necessità di aiutare l'imprenditore operante in un settore innovativo che non ha ottenuto successo "a chiudere l'esperienza passata nel più breve tempo possibile, così da concentrarsi sul futuro". Ciò, con l'ulteriore obiettivo di permettere all'imprenditore di "investire il tempo che altrimenti perderebbe [...] per seguire interminabili procedure amministrative o giudiziarie, ad esaminare gli errori e imparare la lezione, evitando che il fallimento ipotechi qualsiasi voglia di intraprendere e creare nuove imprese" (22).

In Italia, anche sulla scorta delle *best practices europee* (23), avvertito è stato il bisogno di implementare la disciplina che in caso di insuccesso è volta a consentire agli imprenditori onesti - ma sfortunati - operanti nei settori innovativi una pronta e celere liquidazione del patrimonio sociale, onde liberarsi dei debiti e poter procedere ad una celere ripartenza (c.d. *fresh start*) (24).

Per il perseguimento di detto obiettivo è risultato indispensabile introdurre un meccanismo snello, teso a preservare le conoscenze e le competenze acquisite che altrimenti potrebbero "essere compromesse o comunque non stimolate da un allontanamento forzoso dalla vita economica che si protragga oltre un ragionevole lasso di tempo" (25).

Con il più volte ricordato D.L. n. 179/2012, in particolare, per gli imprenditori che operano in settori innovativi, si è perseguito l'obiettivo di offrire la possibilità del *fresh start* (26), esonerando le società caratterizzate da tale qualifica dal fallimento e sottoponendole alle sole cc.dd. procedure da sovraindebitamento (27).

La *ratio* alla base della scelta del Legislatore di riconoscere la possibilità per l'imprenditore di liberarsi dei debiti insoddisfatti - peraltro ben più diffusa in altri ordinamenti (28) - si rinviene nella Relazione al D.L. n. 179/2012, dove viene esplicitato di essersi optato per l'assoggettamento "ad una procedura liquidatoria semplificata che contribuisca a incoraggiare molti potenziali nuovi imprenditori ad avviare una *start-up* innovativa, così come a cambiare la cultura prevalente che vede ancora nel mancato successo di un'idea di business soltanto la dimensione del fallimento e non anche quello di un accumulo di esperienza" (29).

Ne consegue che, qualora la *start-up* non riuscisse ad adempiere con regolarità alle proprie obbligazioni o

(22) Ministero dello Sviluppo Economico, *Rapporto Restart Italia*, cit., 99 s. Per comprendere l'importanza del c.d. *fresh start* si rinvia all'analisi svolta nel capitolo IV.
Con riguardo all'importanza di consentire occasioni di ripartenza all'imprenditore in crisi o insolvente Commissione Europea, *Relazione alla Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e che modifica la Direttiva 2012/30/UE*, in *eur-lex.europa.eu*, evidenzia che in assenza di un quadro normativo che offra una seconda opportunità agli imprenditori onesti, questi rimangono intrappolati nella morsa dei debiti, sono spinti a rivolgersi all'economia sommersa o, ancora, a trasferirsi in altre giurisdizioni per accedere a regimi meno rigorosi.

(23) Numerosi sono i provvedimenti eurounitari sul tema. Tra i tanti si segnala Commissione Europea, *Raccomandazione su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza* (2014/135/UE), in *eur-lex.europa.eu*, 2014; si tratta di un provvedimento che tende a "garantire alle imprese sane in difficoltà finanziaria, ovunque siano stabilite nell'Unione, l'accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza, massimizzandone pertanto il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale [... e] dare una seconda opportunità in tutta l'Unione agli imprenditori onesti che falliscono" (1° considerando).

(24) Cfr. Relazione illustrativa al decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179.

(25) D. Benincasa, *Nuove questioni in tema di esdebitazione e di "*second chance *"*, in *Giur. it.*, 2018, 2, 511 ss. V. *infra*, par. 5 per ciò che attiene all'impiego dell'istituto dell'esdebitazione per il perseguimento di tale obiettivo.

(26) Il *fresh start*, come rileva L. Stanghellini, *"*Fresh start*": implicazioni di "*policy *"*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2004, 2, 447, costituisce "un bene parzialmente o totalmente *extra commercium*: non lo si può comprare sul mercato o negoziare con il creditore, ma lo si può solo ricevere dallo Stato come clausola integrativa del contratto di prestito, occorre una specifica previsione normativa che ne consenta l'applicazione e ne specifichi la disciplina di dettaglio".

(27) Nel nostro ordinamento la definizione di sovraindebitamento si trova nell'ambito dell'art. 2, D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 in forza del quale si tratta dello stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore agricolo, dell'imprenditore minore, delle *start-up* innovative di cui al D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza.

(28) Osserva L. Panzani, *L'insolvenza in Europa: sguardo d'insieme*, in *Fallimento*, 10, 2015, 1022 ss. con peculiare riferimento all'esperienza statunitense, che si tratta di una legislazione "caratterizzata sin dalla fine dell'Ottocento dalla previsione di procedure dirette alla *reorganization*, vale a dire alla ristrutturazione ed al recupero dell'impresa [... in cui trova ampio spazio il] c.d. *fresh start*, vale a dire la possibilità di ricominciare, di aprire una nuova impresa, che nasce dalla consapevolezza che l'insuccesso fa parte del rischio d'impresa e dalla circostanza che non si guarda a chi va in procedura con sospetto o con riprovazione".

(29) Si tratta di un'esigenza già emersa in precedenza e rinvenibile in Ministero dello Sviluppo Economico, *Rapporto Restart Italia*, cit., 99 ss., ove si rileva la necessità che "gli *startupper* facciano emergere le loro difficoltà con la massima tempestività possibile. Se la crisi è infatti inevitabile, sapranno di poter contare su strumenti che, in definitiva, permetteranno loro di chiudere la *startup* senza eccessivi formalismi e lungaggini. E mirano indirettamente a creare progressivamente una cultura diversa nel Paese, capace di incoraggiare tanti a mettersi seriamente in gioco, sapendo che il gioco si può perdere senza che questo diventi un dramma".
Anche a livello dell'Unione Europea si avverte la necessità di riportare la crisi nella fisiologia d'impresa: cfr. Commissione Europea, *Comunicazione 9 gennaio 2013*, par. 3.5, 18.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



versasse in una perdurante crisi di liquidità, potrebbe decidere di liquidare l'intero suo patrimonio per distribuirne il ricavato ai creditori, ovvero accordarsi con questi ultimi a maggioranza per definire la misura e le modalità del loro pagamento.
L'originario disegno legislativo prevedeva quali destinatari di dette procedure consumatori e imprenditori non fallibili per attività e dimensioni, attagliandosi - così - le suddette alle specifiche caratteristiche di questi soggetti (30).
Grazie alle modifiche apportate dal D.L. n. 179/2012, l'applicabilità delle procedure da sovraindebitamento è stata estesa alle *start up* innovative (società commerciali), andando così a restringere l'ambito soggettivo di applicazione del fallimento (31).
Ad ogni modo, è opportuno rilevare che l'esonero dal fallimento è previsto fino a quando permanga la qualifica di *Start-up* Innovativa in capo al debitore. Ne consegue che non sarà comunque applicabile trascorsi cinque anni dalla costituzione, ovvero, in caso di perdita dei requisiti di cui si è dato conto in precedenza (32).

## 4. La *start-up* innovativa apparente

Per quanto tutto ora esposto, appare dirimente - ai fini della procedura concorsuale applicabile - l'attribuzione della qualifica di *start-up* innovativa. Più in particolare, le autocertificazioni prodotte in fase di iscrizione nella sezione speciale riservata, e periodicamente aggiornate onde consentire la permanenza di tale qualifica - unitamente all'effettivo perseguimento dell'oggetto sociale innovativo indicato nell'atto costitutivo -, assumono primaria importanza, dipendendo da esse l'applicazione o meno di un certo regime (33).

(30) In tema di procedure da sovraindebitamento, si rinvia alla copiosa produzione dottrinale già intervenuta; *ex multis*, v. R. Battaglia, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento del debitore non fallibile: alcuni profili problematici*, in *Dir. fall.*, 3/4, 2012, 423 ss.; D. Boggiali, *Le crisi da sovraindebitamento*, in *Studi e materiali*, 2012, 3, 799 ss.; A. Caiafa, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Dir. fall.*, 2012, 3/4, 412 ss.; M. Fabiani, *Primi spunti di riflessione sulla regolazione del sovra indebitamento del debitore non "fallibile" (l. 27 gennaio 2012 n. 3). Commento a l. 27 gennaio 2012, n. 3*, in *Foro it.*, 3, 2012, 94 ss.; G. Ferri Jr., *Sovraindebitamento, piccoli imprenditori e imprese piccole*, in *Riv. del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2012, 3, 423 ss.; A. Paciello, *Prime riflessioni (inevitabilmente) critiche sulla composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Riv. dir. comm.*, 2, 2012, 83 ss.; L. Panzani, *Composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Nuovo dir. soc.*, 2012, 10, 7 ss.

(31) Osserva F. Cesare, *Apertura della liquidazione del patrimonio di* start up *innovativa e legge fallimentare*, nota a Trib. Milano 7 settembre 2017, Sez. fall., in *Ilsocietario.it*, 21 novembre 2017, 4, che dal punto di vista tecnico l'apertura della procedura di liquidazione del patrimonio per le *start-up* innovative genera qualche inconveniente in considerazione del fatto che "esse durano al massimo cinque anni e perdono i requisiti immediatamente dopo l'apertura del concorso, non fosse altro che per la perdita delle maestranze e per l'arresto delle spese in ricerca e sviluppo. La liquidazione del patrimonio deve invece durare almeno quattro anni, e le persone giuridiche come le società non possono accedere all'esdebitazione, essendo riservata alle sole persone fisiche. Al termine della liquidazione, non è previsto come per il fallimento che la società sia cancellata dal registro delle imprese con il decreto di chiusura. Pertanto, in astratto, una *start up* innovativa soggetta alla liquidazione del patrimonio potrebbe tornare *in bonis* e fallire al termine della procedura di sovraindebitamento".

(32) Il Legislatore all'art. 31, comma 4, D.L. n. 179 del 2012 espressamente fa riferimento alla costituzione della società di conseguenza, è evidente che opti per far decorrere il quinquennio dall'iscrizione in sezione generale che, peraltro, rappresenta il momento dal quale l'ente acquista personalità. Questa soluzione offre maggiore certezza nell'applicazione dello statuto pensato per tali società, indicando un momento iniziale di pronta e agevole verifica.
Questo è l'orientamento anche della sent. Trib. Genova 3 novembre 2019, in *Giur. it.*, 10, 2020, 2175 ss. con nota di E. Fregonara, Start up *innovative: esenzione dal fallimento e procedura di sovraindebitamento*, ove si esclude la società dal godimento dello speciale regime previsto nel D.L. 179 a decorrere dallo spirare del quinto anno della costituzione dell'ente, disattendendo la richiesta della *start-up* innovativa secondo la quale il *dies a quo* di partenza di suddetto termine coincidesse con la data di iscrizione della medesima nella sezione speciale del registro delle imprese. Occorre segnalare che non sono mancate nella prassi diverse interpretazioni onde far coincidere il *dies a quo* del termine con l'iscrizione nella sezione speciale di cui si è detto in modo da dilatare il periodo in cui beneficiare anche dall'esenzione dal fallimento.

(33) Dalla definizione legislativa di *start-up* si comprende come la vocazione innovativa di questi enti si debba desumere anche dalle caratteristiche dell'oggetto sociale. Sulla scorta del già riportato art. 25, comma 2, lett. f), D.L. n. 179/2012 si prevede che la società si dedichi - in via quantomeno prevalente - all'attività di sviluppo, produzione e commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico. Sul punto sono sorti diversi dubbi interpretativi in dottrina e in giurisprudenza. Il primo attiene alla fonte da considerare per valutare se l'oggetto sociale rispetti o meno tali parametri. A riguardo, riprendendo le conclusioni formulate da G.P. La Sala, Start-up *innovative: fattispecie e costituzione in forma di s.r.l.*, in *Riv. Società*, 5/6, 2017, 1132, sembra ragionevole assumere che "ai fini dell'iscrizione come *start-up* di una società neocostituita appare [...] indubbia la sufficienza di una dichiarazione programmatica di attività innovativa contenuta nell'atto costitutivo, nonché nella breve illustrazione dell'attività futura inserita nella domanda d'iscrizione *ex* art. 25, comma 12, lett. d), d.l. n. 179/2012". Ad ogni modo, come precisa Ministero dello Sviluppo Economico, *Circolare 3696/C del 14 febbraio 2017*, cit., 4, con ciò non si vuole limitare l'operato del conservatore, tenuto in ogni caso a valutare una serie di elementi non correlati alla mera formulazione testuale dell'oggetto sociale, ma questi devono essere reperibili dalla documentazione depositata; come precisato dalla sent. Trib. Torino 10 febbraio 2017, cit., 62 "il caso risultante *per tabulas* ed eclatante, per manifesta eterogeneità rispetto al tipo normativo, è suscettibile di rigetto di iscrizione". Occorre domandarsi, inoltre, quali siano i criteri per considerare l'oggetto sociale innovativo, in relazione ai parametri della novità e dell'alto valore tecnologico. Lamenta M. Cian, *Le società* start-up *innovative. Problemi definitori e tipologici*, in *AIDA*, 2013, 422, come "il riferimento all'oggetto sociale [...] a valenza tecnologica [...] è proprio quello che determina il maggior grado di vaghezza che il nuovo istituto presenta". Senza indugiare troppo sul punto,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



Relativamente all'attuabilità di un meccanismo che assegni un simile rilievo alle autocertificazioni provenienti dalla società stessa, vi è da sottolineare che potrebbe generarsi il rischio di attribuire "una sorta di autoreferenzialità della natura stessa della società che, pur essendo una società commerciale, sarebbe sottratta al fallimento sulla base della mera dichiarazione del suo legale rappresentante a scapito delle ragioni dei creditori" (34). In altre parole, il rischio principale consiste nella possibilità che, con riferimento a tali certificazioni, si generino comportamenti elusivi.

Inoltre, differentemente dalle attestazioni private già in uso in ambito societario, le autocertificazioni in questione non vengono rilasciate da un soggetto dotato dei caratteri di indipendenza, autonomia e professionalità. Requisiti, questi, che potrebbero giustificare il notevole rilievo delle suddette (35).

Essendo prive di tali caratteri, invece, la pregnante valenza ad esse attribuite avrebbe quale risultato un ingiustificato esonero dal fallimento per società che, seppur apparentemente *start-up* innovative, non hanno in realtà diritto ad usufruire dei benefici di detto regime, essendo la loro iscrizione nell'apposita sezione speciale basata su dichiarazioni non conformi al vero.

In ipotesi di questo genere, va riconosciuta ai creditori la legittimazione nel chiedere il fallimento della società, previo accertamento da parte del Giudice competente dell'insussistenza dei requisiti legali affinché il proprio debitore venga esonerato dall'ordinaria procedura concorsuale.

dovrà essere, dunque, il Giudice, in sede di istruttoria prefallimentare, a valutare la fondatezza delle richieste di iscrizione nella sezione speciale riservata alle *start-up*, prevedendosi, in ogni caso, la possibilità per la società di dimostrare l'esistenza dei parametri giustificativi dell'attribuzione di detta qualifica.

È utile menzionare che nel nostro ordinamento, la regola generale prevede la soggezione dell'imprenditore commerciale al fallimento, salvo quanto previsto dalle deroghe legali. Tra esse, a partire dall'entrata in vigore del D.L. n. 179/2012, rientra anche il possedere la qualifica di *start-up*: è questa una condizione la cui presenza costituisce un fatto impeditivo all'applicazione del fallimento, e la cui prova dell'eccezione - secondo quanto previsto dall'art. 1 l.fall., in tema di soglie dimensionali - l'è rimessa al debitore (36).

Rappresentando la qualifica di *start-up* un requisito soggettivo di non fallibilità - vale a dire un fatto impeditivo che deve essere provato dal debitore per evitare il fallimento - l'applicazione di un consolidato principio generale comporta che il debitore, in caso di "incertezza sulla sussistenza o meno dei requisiti soggettivi di esenzione dal fallimento, resta assoggettato alla procedura fallimentare" (37).

Si ritiene, dunque, che i requisiti che permettono di qualificare una società come *start-up* innovativa costituiscono elementi negativi della legittimazione al fallimento: ove sussistano tutti congiuntamente, la società non sarà assoggettabile alla procedura.

---

riteniamo che la formula vada intesa in modo estensivo, come rilevato da E. Fregonara, *L'"*equity based crowdfunding"*: un nuovo modello di Finanziamento per le "startup" innovative*, in *Giur. it.*, 2016, 2293. Va interpretata "sino a ricomprendervi le modalità di produzione, se innovative, degli stessi beni o servizi. In questo senso, un'impresa si ritiene innovativa qualora da essa derivino non solo nuovi prodotti o servizi ad alto valore tecnologico, ma anche nuove metodologie e tecniche per produrli, usarli e distribuirli senza limitazioni di settore, aperta a tutto il mondo produttivo". Tale conclusione può desumersi sia dal *favor legis* nei confronti delle imprese innovative che si coglie nel D.L. *de quo*, tale da non consentire interpretazioni riduttive, sia dalla formulazione del dato normativo, che si limita a richiedere il carattere innovativo senza ulteriori specificazioni. Proprio l'assenza di restrizioni legislative appare sintomatica della percorribilità dell'interpretazione più ampia. Il legislatore del D.L. 179 ha dato prova di avere una buona conoscenza tecnica in ambito innovativo quando ha individuato specifici parametri tesi a limitare il perimetro della definizione *de qua*. Non era, perciò, nemmeno ignota la differenza tra innovazione di prodotto e innovazione di processo. Il che consente di presumere che la mancanza di restrizioni discenda dalla volontà di considerare rilevante e sufficiente anche una sola delle due. Infine, sia consentito rilevare che in altri ordinamenti, nell'individuare le imprese innovative e destinatarie di un regime particolare, si è preferito evitare di riferirsi all'innovatività dell'oggetto sociale. In particolare, in Francia, l'art. 44-*sexies*-OA, Code Général des Impôts (CGI), come modificato dall'art. 42 dell'Ordonnance 25 luglio 2013, n. 676) ha introdotto la qualifica di *jeune entreprise innovante* (JEI), riservata alle nuove società che investono in ricerca e sviluppo. Queste, per essere così qualificate, devono soddisfare precise condizioni: (I) essere una PMI, (II) essere costituita da meno di otto anni, (III) il capitale deve essere detenuto per almeno il 50% da persone fisiche, o da altri JEI posseduti per almeno il 50% da persone fisiche, da associazioni o fondazioni riconosciute di pubblica utilità a fini scientifici o da istituti di ricerca e di istruzione o da società di investimento; (IV) non essere stata creata come parte di una concentrazione, ristrutturazione, espansione di un'attività preesistente o acquisizione (V) effettuare spese di ricerca e sviluppo di almeno il 15% rispetto alle spese complessive annue. Il legislatore francese non fa alcun cenno all'oggetto sociale ma, per determinare l'innovatività dell'ente, si riferisce a dati desumibili dal bilancio.

Trib. Udine 22 maggio 2018, sent. n. 25, cit., 1439.

(34) Trib. Udine 22 maggio 2018, sent. n. 25, cit., 1439.

(35) Cfr. P. Benazzo, *Le s.r.l.* start-up *innovative*, in *Nuove leggi civ.*, 2014, 114.

(36) È un'argomentazione ripresa da Corte cost. 1° luglio 2009, n. 198, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, 405 ss., ove il Giudice delle leggi la impiega per motivare la legittimazione costituzionale del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (per come emendato dal D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169) nella parte in cui pone a carico del debitore l'onere probatorio di dimostrare il mancato superamento delle soglie dimensionali al fine di evitare l'apertura della procedura fallimentare a suo carico.

(37) Relazione illustrativa D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



Ne consegue che l'onere della dimostrazione del possesso di detti requisiti è attribuito alla *start-up* resistente. Protendendo per una lettura maggiormente restrittiva e meno formalistica, infatti, si ritiene che l'iscrizione nell'apposita sezione speciale sia presupposto sì necessario, ma non sufficiente, dal momento che, come paventato in precedenza, essa potrebbe essere frutto di un procedimento illegittimo. A ben vedere, conseguenza naturale di detto carattere dell'iscrizione è che, anche in costanza di essa, la società potrà comunque essere dichiarata fallita qualora dovesse emergere la sopravvenuta perdita di uno dei requisiti, la falsità di un'autocertificazione attestante la sussistenza dei presupposti legali o nel caso in cui la società non dovesse effettivamente perseguire un oggetto innovativo (38).
All'uopo, va segnalato che la giurisprudenza ha osservato come la natura di atto amministrativo dell'iscrizione dell'ente - qualificato quale *start-up* - nella sezione speciale non sia preclusiva dell'"accertamento in sede prefallimentare dell'effettiva sussistenza dei requisiti di legge per l'attribuzione di tale qualifica al fine di verificare l'assoggettabilità o meno, sotto il profilo soggettivo, al fallimento della società resistente, in considerazione del potere di disapplicazione degli atti amministrativi eventualmente non conformi a legge da parte dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria nell'ambito di giudizi attribuiti alla sua giurisdizione" (39).
In altre parole, in capo al Tribunale fallimentare vige il "potere - dovere [...] di verificare la sussistenza, o comunque l'attuale permanenza, dei presupposti per l'applicazione della disciplina esentiva speciale, anche in considerazione del potere di disapplicazione degli atti amministrativi eventualmente non conformi a legge" (40).
Sono queste, per l'appunto, le risultanze a cui perviene l'ordinanza della Cassazione che qui si annota. Nell'accogliere il ricorso, infatti, i Giudici di legittimità osservano come la nozione di *start-up* innovativa contenuta nell'intervento del D.L. n. 179 del 2012 sia pervasa da quei principi - da intendersi in senso sostanziale e non formale - di concretezza ed effettività e che ove le previsioni procedurali in tema di iscrizione della società nell'apposita sezione del Registro delle Imprese "venissero interpretate nel senso formalistico divisato dal giudice a quo, quella *ratio* di effettività e concretezza ne resterebbe pregiudicata, se non vanificata".
Nonostante il diverso orientamento giurisprudenziale, ad onor del vero minoritario, nell'ordinanza si ritiene preferibile un'interpretazione non formalistica, ma comunque aderente ai principi di effettività e concretezza di cui si diceva.
Ne deriva che "l'iscrizione nel Registro delle imprese rappresenta una condizione certamente necessaria, ma non anche sufficiente a garantire l'applicazione della disciplina agevolata e, segnatamente, l'esonero dalla dichiarazione di fallimento, dovendo essere sempre assicurato e verificato, nella sede giudiziale specificamente preposta, l'effettivo e concreto possesso dei requisiti prescritti, al di là della loro formale attestazione e di un loro riscontro meramente cartolare".

(38) È questo l'orientamento della giurisprudenza di merito maggioritaria. In particolare v. sent. App. Milano 8 luglio 2021, in *dirittodellacrisi.it*, 2022; sent. Trib. Milano 8 aprile 2021, in *Fallimento*, 2022, 3, 418 ss. Con nota di A. Farolfi, sent. App. Brescia 25 gennaio 2021, in *ilfallimentarista.it*, 2021; con nota di S. Marzo, sent. Trib. Genova 3 novembre 2019, cit.

(39) Trib. Udine 22 maggio 2018, 3. F. Cesare, *La dichiarazione di fallimento della start up apparente*, nota a Trib. Udine 22 maggio 2018, in *Ilfallimentarista.it*, 13 agosto 2018, 4, ricorda che "l'iscrizione nella sezione speciale è condizione necessaria per l'applicazione della disciplina giuridica per le *start up*, diversamente sono soggette al diritto comune. Smentire l'esistenza di una iscrizione, sarebbe come smentire l'iscrizione di una società di persone - una S.a.s. - che potrebbe esistere anche come società irregolare, e condizionare tutti rapporti giuridici che hanno presupposto la limitazione della personalità giuridica della società, violando il principio di intangibilità dell'iscrizione. [...] La regola nel diritto societario dunque è che l'iscrizione dell'atto costitutivo nel Registro delle Imprese rende inopponibile ai terzi la nullità dell'atto, quale che ne sia la ragione: l'applicazione del principio per le *start up* innovative porta come conseguenza che l'iscrizione nel registro delle imprese non comporta l'inesistenza della società e del suo *status* di diritti. L'eventuale applicazione dell'art. 2332 cod. civ. comporta al massimo lo scioglimento e non la disapplicazione di una sola delle regole previste per questa tipologia di società".

(40) G.P. Macagno, *Dichiarazione di fallimento della* start-up *innovativa priva dei requisiti*, cit., 1453.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



## Recesso

### Tribunale di Bologna 30 giugno 2022 - Giudice R. Chierici - A.M.M. c. M.C. e C.d.T. S.N.C.

*Società di persone - Recesso - Casi previsti dal contratto sociale - Predeterminazione di specifiche ipotesi - Non necessarietà - Recesso convenzionale* ad nutum *- Ammissibilità - Natura giuridica - Efficacia - Pubblicità - Rapporti con* l'exit pattizio

*(Cod. civ. artt. 2285, 2289)*

**L'atto costituivo di una S.n.c. non deve predeterminare le specifiche ipotesi nelle quali è permesso ai soci il recesso convenzionale ai sensi dell'art. 2285, comma 2, c.c.; esso può limitarsi ad attribuire ai soci il diritto di recesso *ad nutum*, senza che i soci debbano addurvi motivazioni e debbano accertarsi determinati eventi giustificativi.**

*Società di persone* - Exit *dalla società - Insussistenza di ipotesi legali e convenzionali di recesso - Accordo unanime fra i soci - Ammissibile - Natura giuridica - Modificazione dei patti sociali*

*(Cod. civ. artt. 2285, 2289)*

**Se l'atto costitutivo non consente il recesso convenzionale, né ricorrono le altre ipotesi di recesso previste dalla legge, l'uscita dalla società resta possibile soltanto con il consenso unanime degli altri soci, trattandosi di modificazione dei patti sociali.**

**Il Tribunale (*omissis*).**

All'esito della disamina degli atti e documenti di causa, deve ritenersi fondata la prospettazione di parte attrice, con riguardo alle circostanze di fatto dell'intervenuto recesso da C.d.T. S.N.C. e all'avanzata qualificazione in diritto dello stesso, con tutto ciò che ne consegue in termini di liquidazione della quota societaria in favore dell'attrice.

In particolare, con riguardo alla facoltà di recesso da società in nome collettivo, della quale in questa sede si discorre, deve abbracciarsi la ricostruzione giurisprudenziale operante una distinzione tra società contratte senza limiti temporali (a tempo indeterminato) e quelle che, differentemente, dispiegano la loro vita entro un termine definito (a tempo determinato).

Con riguardo alle prime, l'art. 2285 c.c., rubricato "Recesso del socio" - dettato per le società semplici e applicabili alle S.N.C. in forza dell'art. 2293 c.c. - al suo comma 1 dispone che ogni socio possa recedervi, dovendo considerarsi tale facoltà di recesso *ad nutum* riconosciuta indiscriminatamente a ciascun socio (Cass. civ. sez. I, 30/01/2009, n. 2438).

Rispetto, invece, alla seconda categoria (a tempo determinato), cui C.d.T. S.N.C. appartiene, deve ritenersi operante quanto riportato all'art. 2285, comma 2, c.c., nella parte in cui si prevede la possibilità di recedere "nei casi previsti nel contratto sociale ovvero quando sussiste una giusta causa". Fuori da questi due casi tassativi, il recesso, determinante modifica del contratto sociale, necessita del consenso degli altri soci, manifestato anche implicitamente per mezzo di fatti concludenti, purché univoci (Cass. civ. sez. I, 30/01/2009, n. 2438, Tribunale Savona sez. I, 07/01/2022, n .7).

Per giurisprudenza consolidata, supportata dalla *littera* dell'art. 2285, comma 1, c.c., nelle società di persone, ove il termine di durata previsto dall'atto costitutivo sia superiore alla normale durata della vita umana, la società è considerata come contratta a tempo indeterminato, con conseguente possibilità per i soci di recedervi *ad nutum* (Cass. civ. sez. I, 29/03/2019, n. 8962; Corte appello Milano Sez. spec. Impresa, 27/04/2021, n. 1 323; Tribunale Milano Sez. spec. Impresa, 04/04/2019).

Nel caso in esame, la società C.d.T. S.N.C., avente termine nel 2050 (*ex* art. 4 atto costitutivo), risulta contratta per un periodo uguale (o superiore) alla presumibile durata di vita di A.M.M., risultando in atti che ella sia nata nell'anno 1953 (*omissis*) e prospettandosi che nel 2050 avrà un'età di 97 anni, superiore all'aspettativa di vita identificata in 82,2 anni dalla relazione Istat del 2013 (anno di conclusione del contratto di cui sopra). Ne deriva il diritto dell'attrice, *ex* art. 2285 c.c., di recedere *ad nutum* dalla società.

Qualora, *ex adverso*, si considerasse che la società C.d.T. S.N.C. sia stata stipulata a tempo determinato, in ragione dell'identificazione di un termine preciso (sino al 2050 *ex* art. 4 atto costitutivo), si dovrebbe comunque rilevare che la facoltà di recesso sia espressamente prevista all'art. 9 dell'atto costitutivo (*omissis*), nel quale si riporta: "Ogni socio può recedere dalla società anche fuori dei casi previsti dalla legge dando preavviso di tre mesi con lettera raccomandata con avviso di ricevimento agli altri soci".

Pertanto, non può accogliersi, neanche ove si ritenesse che la società C.d.T. S.N.C. sia stata contratta a tempo determinato, la tesi prospettata da parte convenuta, che vorrebbero subordinare l'efficacia del recesso di parte attrice al previo consenso della socia, M.C., essendo tale consenso necessario, nelle società stipulate a tempo

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


determinato, esclusivamente nei due casi di cui sopra (se il recesso non sia previsto dall'atto costitutivo della società o non sia attuato per giusta causa), che evidentemente non ricorrono nella vicenda de qua, essendo il diritto di recesso espressamente riconosciuto dal contratto sociale (*omissis*).
Con riguardo alle conseguenze derivanti dal recesso, l'art. 2289 c.c., rubricato "liquidazione della quota del socio uscente", prevede che: "nei casi in cui il rapporto sociale si scioglie limitatamente a un socio, questi o i suoi eredi hanno diritto soltanto ad una somma di danaro che rappresenti il valore della quota. La liquidazione della quota è fatta in base alla situazione patrimoniale della società nel giorno in cui si verifica lo scioglimento".
Dirimente risulta, quindi, ai fini della corretta determinazione della quota spettante al socio recedente, individuare il giorno in cui si verifica lo scioglimento (del suo rapporto con la società), rispetto al quale verificare la situazione patrimoniale della società.
Ebbene, relativamente all'efficacia del recesso da società di persone, la giurisprudenza è consolidata nel ritenere che questo configuri un "atto unilaterale recettizio, onde il socio perde tale *status* al momento della comunicazione del recesso alla società" (Cass. civ. sez. I, 27/04/2020, n. 8222, che richiama a Cass. civ. sez. VI, 11/09/2017, n. 21036; Cass. civ. sez. I, 08/03/2013, n. 5836), conseguendone che questi, una volta comunicato il recesso alla società perda lo "*status socii*", il diritto agli utili, oltre a non essere a lui opponibili le successive vicende societarie (Cass. civ. sez. VI, 11/09/2017, n. 21036). A questa disposizione normativa si affianca quanto previsto dallo statuto di C.d.T. S.N.C. all'art. 9, nella parte in cui si riporta: "Ogni socio può recedere dalla società anche fuori dei casi previsti dalla legge dando preavviso di tre mesi con lettera raccomandata con avviso di ricevimento agli altri soci".
Nel caso in esame, la notifica del recesso operato da A.M.M. risulta eseguita sia nei confronti della società, in data 17.07.2017 tramite Pec, sia verso M.C., con raccomandata pervenuta il 19/07/2017 (*omissis*), dovendo ritenersi che quest'ultima data, per espressa previsione statutaria, si identifichi come *dies a quo* nel computo del termine utile ai fini del recesso, con conseguente suo perfezionamento a far data dal 19/10/2017 (tre mesi dopo l'intervenuta notifica).
Nel caso in esame, la notifica del recesso operato da A.M.M. a M.C. (nella sua qualità di socia "residuale" di C.d.T. S.N.C.), risulta essere avvenuta in data 19/07/2017 (*omissis*), con conseguente perfezionamento del recesso a far data dal 19/10/2017 (tre mesi dopo l'intervenuta notifica, in osservanza dell'art. 9 del contratto sociale).
È, quindi, rispetto a tale momento che va valutata la situazione patrimoniale della società, strumentalmente alla determinazione della quota spettante alla socia receduta, dovendosi, inoltre, escludere che qualsivoglia spesa, sostenuta da M.C. in nome della società C.d.T. S.N.C., a partire da tale data, possa essere opposta ad A.M.M., in forza dell'intervenuto recesso e della conseguente perdita dello *status socii*.
Non può a riguardo accogliersi la ricostruzione operata dalla convenuta, nella parte in cui ritiene che la qualità di socia della C.D.T. S.N.C., assunta da A.M.M., sia perdurata sino alla data (11/02/2019) della tardiva iscrizione del recesso nel Registro delle imprese, situazione che parte convenuta pone a fondamento della domanda riconvenzionale avente ad oggetto la compensazione, con la somma richiesta da parte attrice in atto di citazione, delle spese sociali sostenute dalla convenuta nel periodo intercorso tra il 19/10/2017 e l'11/02/2019.
Difatti, fermo che i mutamenti della compagine sociale delle società in nome collettivo, comportando modificazione dell'atto costitutivo, sono soggetti ad iscrizione nel registro delle imprese (Cass. civ. Sez. trib. 13/03/2013, n. 6230; Cass. civ. sez. trib., 27/03/2013, n. 7688; Cass. civ. sez. trib., 26/05/2021, n. 14561), ciò risulta determinante nel rapporto (e nelle eventuali controversie) tra il socio recedente e i soggetti terzi, a nulla rilevando, *ex adverso*, differente rapporto intercorrente tra il socio recedente e la società, di cui si tratta nel presente giudizio (Tribunale Venezia sez. fallimentare, 24/07/2015, n. 134).
Difatti, l'iscrizione nel registro delle imprese, in ossequio al combinato disposto degli artt. 2193 c.c., rubricato "efficacia dell'iscrizione" e 2300 c.c., rubricato "Modificazioni dell'atto costitutivo" (di S.N.C.), assolve ad una funzione di c.d. "pubblicità legale", avente efficacia dichiarativa, essenziale, non al fine della validità dell'atto tra le parti (società e soci), ma con riguardo al diverso tema dell'opponibilità dell'atto ai soggetti terzi, che con la società entrino in rapporto (*ex multis* Cass. civ. sez. I, 10/02/2022, n. 4346).
Dirimente nel senso della sola "efficacia esterna" dell'iscrizione nel Registro delle imprese è l'art. 2300 c.c. ultimo comma, nella parte che si riporta: "Le modificazioni dell'atto costitutivo, finché non sono iscritte, non sono opponibili ai terzi, a meno che si provi che questi ne erano a conoscenza", dovendosi escludere, *ex adverso*, qualsivoglia sua "efficacia interna", nei rapporti tra i soci e tra questi e la società.
Difatti, anche a voler ritenere che la socia A.M.M. fosse tenuta, in caso di inerzia dell'amministratrice M.C., comunque protrattasi sino all'11/02/2019, a richiedere la suddetta iscrizione (in ossequio a Cass. civ. sez trib., 26/05/2021, n. 14561; Cass. civ. sez. trib., 13/03/2013, n. 6230), non si comprende come ciò possa avere un qualche riflesso giuridico nella declinazione dei rapporti tra socia recedente e società.
Nel caso di specie il recesso, correttamente notificato e produttivo di effetti dal 19/10/2017, ha comportato la definitiva perdita dello *status socii* in capo ad A.M.M., a nulla rilevando che l'iscrizione del recesso sia intervenuta tardivamente, solo in data 11/02/2019, peraltro per inerzia dell'amministratrice, a ciò tenuta *ex* art. 2300 c.c.
Con riguardo, poi, alle spese di registrazione e alla sanzione per tardiva iscrizione *ex* art. 2630 c.c., non si comprende come queste possano gravare sulla socia receduta, perché soggetti obbligati a richiedere l'iscrizione della modifica dell'atto costitutivo, per espressa previsione dell'art. 2300 c.c., sono gli amministratori, come del resto è dimostrato dal fatto che nel caso di specie lo stesso verbale di accertamento della violazione delle norme in materia di

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



pubblicità legale (*omissis*) ha condannato al pagamento della sanzione M.C. in qualità di socio amministratore, in solido con la società C.d.T. S.N.C., mancando alcun riferimento alla socia receduta.
Anche laddove volesse ritenersi (estendendo a quanto previsto in tema di modificazione dell'atto costitutivo *ex* art. 2300 c.c. ciò che è stabilito dall'art. 2296 c.c. in tema di pubblicazione) che i soci, in caso di inerzia degli amministratori, debbano provvedere a richiedere l'iscrizione nel registro delle imprese, ciò avverrebbe comunque a spese della società (Cass. civ. sez. trib., 26/05/2021, n. 14561), non di certo della socia receduta.
Tanto meno può essere assecondato il tentativo di parte convenuta di subordinare l'efficacia del recesso all'ultimazione del procedimento di liquidazione della quota, dapprima perché tale ipotesi è radicalmente esclusa da giurisprudenza consolidata (Cass. civ. sez. I, 08/03/2013, n. 5836; Cass. civ. sez. VI, 11/09/2017, n. 21036), in secondo luogo poiché, consentire che l'efficacia del recesso sia subordinata ai tempi del procedimento di liquidazione, arbitrariamente determinati dalla società, si tradurrebbe in un'ingiustificata compressione di un diritto riconosciuto, oltre che, nel caso di specie, correttamente esercitato.
Fermo, quindi, che la data di efficacia del recesso sia da identificarsi con il 19.10.2017, è rispetto a tale momento che va determinata la situazione patrimoniale della società allo scopo di orientare la liquidazione della quota spettante alla socia receduta *ex* art. 2289 c.c., dovendo ritenersi che tutto quanto allegato dalla parte convenuta con riferimento alle spese sostenute nel periodo successivo al 19/10/2017 e quanto nei fatti accaduto (restituzione delle chiavi, *home banking* etc.), non abbiano, in tal sede, alcuna rilevanza e non possano essere opposti all'attrice.
Si prende atto che le parti, in seno al procedimento di mediazione avviato in epoca precedente al presente giudizio, hanno deciso, di comune accordo, di conferire al Dott. (*omissis*) l'incarico peritale, articolato in due quesiti: l'uno riguardante l'identificazione della situazione patrimoniale di C.d.T. S.N.C. alla data del 19/10/2017; l'altro, subordinato al primo, avente ad oggetto la determinazione della quota spettante alla socia uscente (*omissis*). All'interno del verbale del 25/10/2019 (*omissis*) le parti hanno dichiarato: "di autorizzare l'utilizzo della relazione dell'esperto in un eventuale giudizio e comunque al di fuori del presente procedimento". Anche a voler ritenere che ciò sia stato specificato per motivi di riservatezza, la relazione depositata in atti appare coerente e rispettosa dei principi contabili, oltre che delle norme civilistiche in materia di determinazione degli importi, dovendo pertanto essere presa in considerazione in questa sede.
Rispetto all'incarico espletato dal professionista, deve anzitutto specificarsi che la relazione peritale (*omissis*), come peraltro nella stessa precisato, ha fotografato la situazione patrimoniale della società, con conseguente determinazione della quota, rispetto al giorno 19/10/2017, data di efficacia dell'intervenuto recesso, ignorando tutto quanto avvenuto *ex post* tale data. Non si comprende, quindi, come la relazione avrebbe potuto, nella determinazione della situazione patrimoniale della società alla data *de qua*, tenere conto delle passività (canoni di locazione, utenze etc.) successive al recesso e sanate dalla convenuta: trattandosi di spese che si riferiscono ad un periodo successivo, le stesse erano state correttamente ignorate dal professionista nella valutazione della situazione patrimoniale della società alla data di efficacia del recesso.
Il perito, inoltre, secondo quanto annotato nella relazione (*omissis*), nel determinare le somme di cui sopra alla data del 19/10/2017 di efficacia del recesso, ha tenuto conto, *ex multis*, dell'elenco dei debiti al 21/10/2017 (ricevuto dall'amministratrice M.C.) e dei bilanci contabili 2012-2013-2014-2015-2016 e del 2017 sino al 22/10/2017 e, quindi, anche delle "passività societarie" esistenti alla data di efficacia del recesso di A.M.M., che si vorrebbero a quest'ultima imputare per la metà.
In altri termini, se si ritiene, come fatto in questa sede, che la relazione peritale (*omissis*) abbia correttamente quantificato la somma da liquidare in favore della socia recedente rispetto all'unico criterio legale previsto per la determinazione della quota, in base alla situazione patrimoniale della società alla data di efficacia del recesso, allora deve assumersi che i debiti dedotti da parte convenuta come sussistenti a tale data, laddove effettivamente esistenti, siano già stati considerati dal perito nell'espletamento dell'incarico. Del resto, parte convenuta non ha svolto alcun rilievo in ordine al metodo seguito dal consulente nello svolgimento dell'incarico, né in ordine alle modalità e ai criteri contabili seguiti nella valutazione.
Per le ragioni esposte, la domanda di parte attrice è da ritenersi fondata, sia con riguardo all'efficacia del recesso, con decorso dal 19/10/2017, sia rispetto alla somma da liquidarsi a titolo di recesso in suo favore, correttamente quantificata in euro 10.428,98, con conseguente condanna dei convenuti, C.d.T. S.N.C. e M.C., al pagamento in solido di tale somma, essendovi rispettivamente tenute ai sensi degli artt. 2289 e 2291 c.c.
**(*omissis*).**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



# Il recesso convenzionale *ad nutum* nelle S.n.c.: efficacia, pubblicità e rapporti con l'*exit* controllato

*di Davide Bertani (*)*

Il Tribunale ammette come i patti sociali di una S.n.c. possano concedere ai soci un potere di recesso *ad nutum* senza giustificazioni, ossia senza predeterminazione delle specifiche ipotesi che legittimano il recesso. L'arresto tocca però molte altre tematiche connesse al recesso nelle società personali, che il presente commento intende sviluppare, offrendo talvolta un parere critico.
*The Court admits how the social pacts of a "Società in Nome Collettivo" - which in common law is equivalent to a General Partnership - may grant shareholders a power of withdrawal* ad nutum *without justifications, i.e. without predetermining the specific hypotheses that legitimize the withdrawal. The sentence, however, touches on many other issues related to withdrawal in Partnerships that this comment intends to develop, sometimes offering a critical opinion.*

## La vicenda

Una S.n.c., partecipata da due sole socie e con durata fissata al 2050, ammette nei propri patti sociali come ogni socio possa recedere dalla stessa dando semplice preavviso di tre mesi agli altri soci, con lettera raccomandata con avviso di ricevimento, senza dover addurre alcuna ragione per tale scelta. Una socia si avvale di tale clausola ed esercita il proprio recesso in data 19 luglio 2017 (1); l'altra socia, anche amministratrice, ne contesta la legittimità e si rifiuta di darvi pubblicità in Camera di Commercio. Instaurata una mediazione, solamente l'11 febbraio 2019 la socia superstite effettua la dovuta comunicazione al Registro Imprese, mentre il 25 ottobre 2019 la medesima e la receduta incaricano congiuntamene un perito affinché determini, *ex* art. 2289 c.c., l'ammontare della liquidazione spettante alla receduta. Tuttavia, redatta la perizia, la mediazione sfuma in un nulla di fatto, con consequenziale instaurazione del giudizio presso la corte felsinea.
Dinnanzi alle pretese attoree dirette a veder riconosciuta l'efficacia del recesso e, per l'effetto, liquidata la propria partecipazione, la socia superstite si arrocca sulla seguente tesi: il recesso non sarebbe stato esercitato né per giusta causa, né in un caso previsto dal contratto sociale e pertanto, essendo la società contratta a tempo determinato, il recesso sarebbe divenuto efficace soltanto il 25 ottobre 2019, data in cui le due socie si sarebbero accordate per *facta concludentia* sul medesimo conferendo congiuntamente l'incarico al perito (2). Per l'effetto, la recedente dovrebbe rifondere pro quota all'altra socia le spese di gestione della società, sostenute nel periodo compreso fra il 19 luglio 2017 e l'11 febbraio 2019, momento in cui il recesso venne pubblicizzato ai sensi dell'art. 2290, comma 2, c.c.
Il Tribunale, dirimendo la controversia, accoglie la domanda attorea e respinge tutte le riconvenzionali della convenuta, sancendo la legittimità dell'esercitato recesso convenzionale *ad nutum* e compiendo un interessante *excursus* su alcune delle più controverse questioni inerenti al recesso del socio nelle società di persone, motivo per cui l'arresto si rende meritevole di un approfondimento.

## La natura giuridica del recesso nelle S.n.c.

Non si dubita che la società personale, almeno geneticamente, sia un vincolo contrattuale; pertanto, ai sensi dell'art. 1372 c.c., sciogliersi dal medesimo è consentito solo per mutuo consenso fra le sue parti, ovvero per le altre cause ammesse dalla legge. Fra queste, con riferimento alla S.n.c., il combinato

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Data in cui la sua raccomandata, contenente la dichiarazione scritta della volontà negoziale di recedere, giunge all'altra socia. La recedente, *ad abundantiam*, comunica il proprio recesso anche alla società a mezzo PEC; è infatti discusso quale sia il soggetto destinatario dalla comunicazione di recesso: se la società o i suoi soci, ma dato il tenore letterale dell'art. 2285, ult. comma, c.c., è assolutamente preferibile notificare il recesso ai soci.

(2) Sostanzialmente aderendo con quanto affermato nella massima di Cass. Civ. 30 gennaio 2009, n. 2438, a cura di F. Parmeggiani in *Giur. comm.*, 3, 2010, 395, *L'uscita dalla società di persone: i rapporti tra recesso ed esclusione del socio*: "Nella società personale contratta per un tempo determinato, il recesso di uno dei soci, che non venga esercitato né per giusta causa, né nei casi previsti dal contratto sociale, comporta la modificazione del medesimo contratto e, pertanto, necessita del consenso degli altri soci, quale accettazione, che è atto a forma libera - al pari del negozio cui si riferisce - e può essere desunta anche da *facta concludentia* univoci (*omissis*)".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



disposto degli artt. 2315 e 2285 c.c. v'include il recesso. Trattasi di specificazione, in ambito commerciale, di quanto generalmente previsto in campo obbligatorio dal comma 2 dall'art. 1373 c.c. per i contratti ad esecuzione continuata (3). Per l'effetto, il recesso dalla S.n.c. può essere definito una la manifestazione unilaterale di volontà del socio, diretta a sciogliere i propri legami contrattuali derivanti dal contratto di società (4).

Coerentemente, dottrina e giurisprudenza riconducono il recesso ad un negozio giuridico unilaterale recettizio (5) e non formale (6). L'unilateralità è data dalla non necessitata accettazione da parte degli altri soci; la recettizietà è desumibile dal dettato normativo che in diversi passaggi ne impone la comunicazione (artt. 2285, comma 3, 2307, comma 3, e 2290, cpv., c.c.), mentre che il recesso sia atto non formale risulta anch'esso dal dettato normativo, il quale non dispone alcun obbligo di forma. È quindi ammesso il recesso per fatti concludenti, dovendo una forma specifica essere rispettata soltanto qualora imposta dai patti sociali: così è accaduto nella fattispecie in esame, dove l'atto costitutivo imponeva la comunicazione per raccomandata A/R per l'esercizio del recesso convenzionale *ad nutum*.

## La portata del recesso convenzionale

La facoltà di recedere non è concessa senza limiti: l'art. 2285 c.c. la circoscrive a tre ipotesi: (i) quanto la società è contratta a tempo indeterminato o per tutta la vita di uno dei soci; (ii) nei casi previsti dal contratto sociale, o (iii) per giusta causa (7). Queste ipotesi devono dirsi tassative, in quanto l'istituto del recesso - come si è detto - importa una deroga al principio generale della indissolubilità dei contratti (8). Gli effetti di detta tassatività sono però meno gravi di quanto sembri in quanto, oltre all'ipotesi c.d. "residuale" di recesso in ogni circostanza di "giusta causa" (9), i soci possono valorizzare le loro specifiche esigenze predisponendo, nell'atto costitutivo, ipotesi *ad hoc* di recesso convenzionale. Così è avvenuto nel caso in esame, dove le due socie hanno incluso nei patti sociali un recesso convenzionale talmente ampio da risultare *ad nutum*, slegato cioè da qualsivoglia predeterminata giusta causa da addurre a giustificazione, ed il giudice l'ha considerato lecito.

L'assunto è significativo in quanto sia senza precedenti, che in contrasto con la dottrina maggioritaria la quale, finora, per ammettere la liceità del recesso convenzionale, ha sempre considerato necessario un riferimento ad ipotesi ben determinate (10). Per il sommesso parere di chi scrive, invece, la conclusione

(3) Il contratto costituivo di S.n.c. è certamente un contratto di durata; se è vero che fra le obbligazioni che sorgono con la sua conclusione molte sono ad esecuzione tendenzialmente immediata (i conferimenti) mentre le periodiche sono meramente eventuali (soci d'opera), la disciplina legale della S.n.c. comporta indubbiamente la nascita di prestazioni continuative di non fare: *in primis* il divieto di concorrenza (art. 2301 c.c.), ma anche il limite alla distribuzione di utili in presenza di perdite (art. 2303 c.c.). Per la nozione di contratti a esecuzione continuata o periodica v. F. Galgano, *Il contratto*, II, Milano, 2011, 484; in giurisprudenza Cass. Civ. 19 aprile 2018, n. 9644; Trib. Foggia 2 marzo 2021, n. 518.

(4) In senso sostanzialmente conforme G. Ferri, *Delle società. Artt. 2247-2324*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1957, 238.

(5) G. Ferri, *Delle società*, cit., 238; F. Branca, *Le società di persone*, Napoli, 2003, 218; M. Ghidini, *Società personali*, Padova, 1972, 521; In giurisprudenza: Cass. Civ. 19 marzo 2004, n. 5548 (trattando di recesso da una S.p.a., ma esprimendo principi generali applicabili ad ogni ipotesi di recesso); con specifico riferimento all'S.n.c. vedasi Cass. Civ. 27 aprile 2020, n. 8222 (che rinvia a Cass. Civ. 11 settembre 2017, n. 21036, e Cass. Civ. 8 marzo 2013, n. 5836); Cass. Civ. 30 gennaio 2009, n. 2438; Cass. Civ. 6 febbraio 1965, n. 186; Cass. Civ. 3 gennaio 1962, n. 2; nel merito Trib. Milano 2 settembre 1996, in *Giur. comm.*, 1996, 1460, con nota di Ianniello, *Forma ed efficacia della dichiarazione di recesso da s.n.c.*; Trib. Frosinone 18 aprile 2018, n. 382; Trib. Savona 7 gennaio 2022, n. 7.

(6) Trib. Torino 9 febbraio 1978, in *Giur. comm.*, 2, 1979, 98; Trib. Catania 24 giugno 1982; Trib. Milano 19 novembre 1984.

(7) In ottica qualificatoria, il recesso per cause previste nei patti sociali è detto "convenzionale", mentre le altre due ipotesi sono dette "legali", in quanto operano a prescindere da qualsivoglia pattuizione a riguardo; cfr. V. Buonocore - G. Castellano - R. Costi, *Società di persone*, nella collana *Casi e materiali di diritto commerciale*, Milano, 1978, 1096; R. Bolaffi, *La società semplice. Contributo alla teoria delle società di persone*, Milano, 1975, 557. Secondo altra distinzione, la giusta causa è ipotesi "generica" o "straordinaria" di recesso, mentre le altre sarebbero "specifiche" od "ordinarie"; "generica" perché il fatto legittimante non risulta né individuato, né individuabile preventivamente, ma rimesso ad una valutazione della situazione concreta; così G. Ferri Jr., *La nuova disciplina della trasformazione omogenea e le società di persone: un primo confronto*, Studio n. 5619/I, approvato dalla Commissione Studi d'Impresa del Consiglio Nazionale del Notariato il 31 marzo 2005, in *Banca Dati Notarile Angelo Gallizia*; S. Cappiello, *Recesso ad nutum e recesso "per giusta causa" nelle s.p.a. e nella s.r.l.*, in *Riv. dir. comm.*, 1, 2004, 517 ss. L'alternativo dualismo fra cause "ordinarie" e "straordinaria" di recesso intende invece valorizzare il recesso per giusta causa, quale ipotesi né legalmente che pattiziamente prevista, comunque capace di modificare un regolamento contrattuale precostituito; in tal senso Massima n. 24/2011 del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, *Recesso da società di persone ed atto ricognitivo*, su *www.consiglionotarilefirenze.it*.

(8) G. Ferri, *Delle società*, cit., 238; M. Ghidini, *Società personali*, cit., 530.

(9) Alcuna dottrina definisce però come "residuali" le sole (eventuali) cause di recesso previste dalle parti nel contratto sociale; sul punto F. Parmeggiani, *L'uscita dalla società di persone: i rapporti tra recesso ed esclusione del socio*, cit., 399 ss.

(10) V. Buonocore - G. Castellano - R. Costi, *Società di persone*, cit., 1097; M. Ghidini, *Società personali*, cit., 531; favorevole il solo F. Ferrara Jr., *Imprenditori e società*, Milano, 1980, 273, nt. 46.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



del giudice - benché non motivata - dev'essere sostenuta, essendo sempre possibile ai soci di una S.n.c., quali parti di un contratto, attribuirsi la facoltà di recesso senza doverne necessariamente predeterminare le cause. La dottrina considera infatti il recesso, sia convenzionale che legale, un potere arbitrario, che ogni parte può esercitare liberamente e senza dovervi dare giustificazione, salvo il rispetto del principio di buona fede (11). Inoltre, l'ultimo comma dell'art. 1373 c.c., che disciplina in via generale il recesso unilaterale dai contratti, fa "salvo *in ogni caso* il patto contrario" (12): se da tale dettato normativo dottrina e giurisprudenza giungono ad ammettere la facoltà di recesso *ad nutum* anche nei contratti ad esecuzione immediata, ove tutti gli effetti del contratto si sono già prodotti (13), a maggior ragione ciò dev'essere concesso in un rapporto di durata qual è il contratto di società.

## La durata sociale abnorme rispetto alla vita del socio

L'art. 2285, comma 1, c.c., concede il recesso non solo alle società contratte a tempo indeterminato, ma anche a quelle contratte "per tutta la vita di uno dei soci"; può dunque sorgere il dubbio se tale ultimo assunto si riferisca all'ipotesi in cui il termine della società ecceda genericamente la durata media della vita umana (es.: società contratta per 100 anni), ovvero debba essere calato nella fattispecie concreta, dovendo quindi rapportarsi all'aspettativa di vita media dello specifico socio interessato al recesso. Il caso in esame propende per tale ultima applicazione "specifica" dell'art. 2285, comma 1, c.c., rilevando come la durata della società, fissata al 2050, ecceda nel concreto l'aspettativa di vita media della recedente, potenzialmente novantasettenne in tale data. È confermato, dunque, il lungo filone giurisprudenziale che equipara il caso in cui la durata della società sia stata fissata sino ad una data così lontana nel tempo da superare il residuo periodo di vita di uno dei soci, a quello in cui la società sia contratta, *ex* art. 2285, comma 1, c.c., direttamente "per tutta la vita di uno dei soci" (14). Le conseguenze non sono di poco conto considerando che, nell'ipotesi di neocostituita società personale, ciò attribuirà al socio d'età avanzata il recesso *ad nutum* dalla stessa a prescindere dall'aver imposto alla società una durata mediamente breve (ad esempio, di soli 15 anni, che però, in caso di socio fondatore maschio sessantacinquenne, andrebbero ad eccedere la sua attuale aspettativa di vita media, consentendogli in ogni momento - salvo preavviso - l'abbandono della società).

Una soluzione parzialmente differente è accolta in sede di società capitalistiche, dove gli artt. 2437 e 2473 c.c. consentono il recesso *ad nutum* nel solo caso di società contratta a tempo indeterminato. Anche in tale ambito la giurisprudenza equipara le società contratte per un tempo sì determinato, ma "abnorme" (ad esempio: fino al 2100), alle società contratte a tempo indeterminato, sulla base però di una *ratio* differente (15). L'estensione analogica non è infatti effettuata poiché la società ha un termine di durata che, in concreto, eccede l'aspettativa di vita media del socio interessato all'*exit*, bensì perché la durata prescelta eccede il momento in cui il progetto imprenditoriale dovrà dirsi ragionevolmente compiuto. Il criterio per valutare l'indeterminatezza della durata (e legittimare così il recesso *ad nutum*) nelle società capitalistiche non è dunque soggettivo, ma oggettivo: non rileva eccedere la durata della vita media dei soci, ma porre un termine finale all'iniziativa imprenditoriale non equilibrato rispetto alla naturale durata dell'iniziativa medesima. Può allora affermarsi come il tempo, nelle società di persone, sia stato costruito dal legislatore a misura dei soci persone fisiche (16), mentre nelle società capitalistiche il metronomo segua la "velocità d'impresa", dovendo

(11) C.M. Bianca, *Il contratto*, in Id., *Diritto Civile*, 6, III, 2019, 701.

(12) Enfasi aggiunta.

(13) Si pensi ad una compravendita dove ogni obbligazione di consegna e pagamento siano state già eseguite; di tale avviso M.C Diener, *Il contratto in generale*, III, Milano, 2015, 540; D. Rubino, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. Cicu-Messineo*, Milano, 1962, 1082 ss.; C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., 696. In giurisprudenza Cass Civ. 25 gennaio 1992, n. 812; Cass. Civ. 24 gennaio 1980, n. 588.

(14) Così Trib. Trento 6 luglio 2017, n. 721; Trib. Roma 8 agosto 2017, n. 16022; Trib. Roma 22 ottobre 2015; App. Bologna 5 aprile 1997; Trib. Milano 13 novembre 1989.

(15) Vedasi le recenti Cass. Civ. 29 marzo 2019, n. 8962, con commento di G. Ferrari, *Durata della s.r.l. che eccede le aspettative di vita del socio e diritto di recesso*, su *www.ilsocietario.it* e, con riferimento all'S.p.a.: Cass Civ. 21 febbraio 2020, n. 4716, in *Giur. comm.*, 2, 2021, 304, con nota di C. Vasta, *Cent'anni di solitudine (senza recesso* ad nutum*)*.

(16) *Ex converso*, la ricostruzione giurisprudenziale sostenuta dall'arresto in commento non potrà applicarsi al caso di società socie della S.n.c., variandone i presupposti. Sull'ammissibilità - ormai resa pacifica dall'art. 2361, comma 2, c.c. e dall'art. 111-*duodecies* disp. att. c.c. - della società (di capitali o di persone) socia di società di persone vedasi G.F. Campobasso, *Diritto delle società*, in Id., *Diritto Commerciale*, 2, VIII, 2012, 68 e giurisprudenza *ivi* citata; U. Tombari, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo "modello di organizzazione dell'attività di impresa"*, Studio n. 6072/I, approvato dalla Commissione Studi d'Impresa del Consiglio Nazionale del Notariato il 24 marzo 2006 e R. Guglielmo, *Riflessi della riforma sull'amministrazione delle società di persone*, Studio n. 5618/I, approvato

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



la durata sociale tutelare un più ampio ventaglio d'interessi (17).

### L'*exit* controllato dall'S.n.c.

L'arresto in commento afferma come il recesso, se esercitato al di fuori dei casi tassativi previsti dalla legge, sia valido solamente con il "consenso degli altri soci, manifestato anche implicitamente per mezzo di fatti concludenti, purché univoci (Cass. civ. sez. I, 30 gennaio 2009, n. 2438, Tribunale Savona sez. I, 7 gennaio 2022, n. 7)"; ciò in quanto la fuoriuscita di un socio determina una "modifica dei patti sociali". Sistematicamente tale assunto non mostra errori. Nonostante sia regola generale come un contratto possa essere modificato soltanto tramite un accordo fra le sue parti (18), in ambito commerciale il legislatore si è premurato di codificare tale regola all'art. 2252 c.c., applicabile per rinvio a tutte le società di persone (19). Sulle ragioni di tale scelta, diametralmente opposta a quella presa in ambito di società capitalistiche, non è opportuno dilungarsi (20); resta il dato di fatto: ogni variazione della compagine sociale di una S.n.c. è così inevitabilmente qualificata modificazione del suo contratto costitutivo (21) e, come tale, - salvo deroghe previste nel medesimo o nella legge - richiede il consenso di tutti i soci.
L'eguaglianza fra modificazione soggettiva e modificazione contrattuale nelle società personali è talmente forte da pervadere anche la disciplina delle cessioni *inter vivos* di partecipazioni sociali. Essa, in mancanza di una disciplina circolatoria *ad hoc*, viene pacificamente ricondotta alla figura della cessione del contratto, dunque ad una modifica del contratto sociale, ergo una decisione che - salvo deroghe - dev'essere presa dai soci all'unanimità (22). Non erra dunque l'arresto *de qua* nel ritenere come, esaurite le circostanze legittimanti il recesso, solo un consenso unanime dei soci possa permettere ad uno fra essi l'uscita dalla società, ossia una modificazione soggettiva del contratto; erra - a parere dello scrivente - nel qualificarla recesso (23).
Il recesso è un atto unilaterale e recettizio capace di perfezionarsi senza la collaborazione degli altri soci, semplici destinatari della dichiarazione di volontà. Nella descritta ipotesi, invece, il resto della compagine sociale diviene parte ineluttabile di un contratto modificativo che include anche l'uscente, il che conduce a qualificare più correttamente la fattispecie *de qua* in termini di *exit* controllato.
Il rinvio al recesso, che la giurisprudenza talvolta erroneamente effettua in tali fattispecie (24), può recuperarsi esclusivamente in termini di *analogia iuris*. Mancando un'apposita disciplina per una siffatta e originale uscita pattizia di un singolo socio da una S.n.c., questa non potrà che dirsi regolata, al pari del recesso, dalle norme del Codice Civile circa lo scioglimento del rapporto sociale limitatamente al singolo socio. Da ciò conseguono tutte le implicazioni in merito al sorgere del diritto alla liquidazione della quota (25), alla necessità di darvi pubblicità, alla conseguente modifica dell'atto costitutivo

dalla Commissione Studi d'Impresa del Consiglio Nazionale del Notariato il 31 marzo 2005, entrambi in *Banca Dati Notarile Angelo Gallizia*.

(17) Cfr. C. Vasta, *Cent'anni di solitudine*, cit., 210 s., dove l'A. segnala come, in una S.p.a. o in una S.r.l., l'interesse dei soci persone fisiche ad una durata sociale ragionevolmente breve, salvo il diritto di recesso, si scontra *in primis* con quello dei creditori sociali, che possono vantare pretese soltanto nei confronti del patrimonio della società e non contro i suoi soci; ancora, deve considerarsi l'interesse della società stessa che, come autonoma persona giuridica fisiologicamente portatrice d'una maggior quantità di capitali, deve potersi difendere dal disinvestimento per conservare competitività.

(18) Sulla differenza fra contratto modificativo - che incide sul precedente tramite l'inclusione o l'esclusione di clausole oppure, nei contratti plurilaterali, la modifica delle sue parti contraenti - e rinnovazione del contratto, vedasi E. Damiani, *Note critiche in tema di novazione del contratto di donazione*, Studio n. 6-2020/C approvato dalla Commissione Studi Civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato il 1° luglio 2020, in *Studi e Materiali*, 2, 2020, 363.

(19) Che si reggono, almeno nella loro fase genetica, su di un contratto costitutivo; così G. Ferri, *Delle società*, cit., 14 ss.; in particolare trattasi di contratto plurilaterale; sul punto G.F. Campobasso, *Diritto delle società*, cit., 4; T. Ascarelli, *Il contratto plurilaterale*, in *Saggi Giuridici*, 259; Id., *Occhio ai concetti*, in Id., *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, 175.

(20) Basti pensare all'*intuitu personae* che pervade le società personali, oltre alla responsabilità tendenzialmente illimitata che i soci assumono per le obbligazioni sociali.

(21) G. Figà-Talamanca - P. Spada, *Profili contrattuali delle società di persone: forma, formalità e modificazioni*, in *Riv. dir. priv.*, 4, 2009, 53 s.; L. Genghini - P. Simonetti, *Le società di persone*, II, Milano, 2021, 239.

(22) Così M. Avagliano, *sub* art. 2247 c.c., in D.U. Santosuosso (a cura di), *Commentario al Codice Civile* diretto da E. Gabrielli, vol. 1 (artt. 2247-2378), Torino, 2014, 61; M. Ghidini, *Società personali*, cit., 656; in giurisprudenza Cass. Civ. 14 febbraio 1984, n. 1122.

(23) Della stessa opinione, nonostante il titolo, la Massima n. 54/2015 del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, "*Recesso consensuale" da società di persone*, su *www.consiglionotarilefirenze.it*.

(24) Si pensi all'arresto in commento ed alla Cassazione in esso come sopra riportata.

(25) Contrario però il Consiglio Notarile fiorentino succitato in nt. 23 che, nell'ipotesi di *exit* controllato, ritiene come al socio uscente non spetti alcun diritto alla valorizzazione e liquidazione della quota receduta *ex* art. 2289 c.c., non avendo egli diritto ad abbandonare la compagine sociale. Ove invece lo si voglia riconoscere, il diritto alla liquidazione è debito di valuta e non di valore (così Cass. Civ. 14 marzo 2003, n. 3800; Cass. Civ. 19 aprile 2001, n. 5809; Cass. Civ. 8 novembre 1995, n. 11598), il cui termine semestrale per l'adempimento è posto, *ex* art. 1184 c.c., nell'interesse del debitore; cfr. A. Ruotolo - D. Boggiali, *Recesso nelle società di persone e conseguenze della mancata liquidazione del*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



nonché, eventualmente, all'adeguamento del capitale sociale. Ovviamente non può escludersi come gli altri soci consentano l'*exit* del singolo socio in cambio di una sua rinuncia al credito da liquidazione, oppure si facciano addirittura retribuire da questi per il loro consenso, impedendogli di svestire con troppa leggerezza i panni del socio per vestire quelli del creditore sociale: il negozio potrà modellarsi sulle concrete esigenze delle sue parti.
In conclusione, l'*exit* controllato di un singolo socio da una S.n.c., non potendo essere assimilato né al recesso, né alla cessione di partecipazione, né all'esclusione, dev'essere assimilato ad un contratto atipico (26); come tale, di volta in volta dovrà fregiarsi di una causa lecita e meritevole di tutela (27). Del recesso difetta infatti dell'unilateralità, della cessione manca la figura del cessionario e dell'esclusione l'unanimità, essendo la decisione d'esclusione fisiologicamente assunta senza la partecipazione dell'escludendo (28).

## Efficacia interna ed esterna del recesso

Il recesso, quale atto unilaterale recettizio, a livello endosocietario produce effetto dal momento in cui è portato a conoscenza degli altri soci, senza che questi debbano accettarlo (29). Nel solo caso di recesso *ad nutum* per società contratte a tempo indeterminato o per una durata eccedente la vita del socio, il comma 3 dell'art. 2285 c.c. ne posticipa l'efficacia al trascorrere di 3 mesi dalla comunicazione ai soci. Divenuto efficace, il recedente abbandona la sua qualifica di socio, perdendo i relativi diritti sociali e divenendo un semplice creditore chirografario della società, in attesa della liquidazione della sua quota ai sensi dell'art. 2289 c.c. (30).
In ambito esosocietario, invece, poiché i creditori sociali non possono vedersi menomata la garanzia patrimoniale per un fatto compiuto senza il loro intervento (31), il recedente resta illimitatamente responsabile per le obbligazioni sociali sorte fino a che il recesso non sia stato debitamente pubblicizzato, ai sensi degli artt. 2290, comma 2, e 2193 c.c. (32).
Tale responsabilità sussiste, però, solo nei confronti dei terzi: dall'omissione della comunicazione del recesso al registro imprese non deriva un'ultrattività dello *status socii* del receduto, che viene definitivamente meno con l'intervenuta efficacia del recesso. Ne consegue come, nei rapporti interni, la responsabilità del recedente per le obbligazioni sociali cessa dal momento in cui il recesso è comunicato agli altri soci (33): da quel momento in poi se il recedente è stato costretto a adempiere un'obbligazione sociale in base dell'art. 2290, comma 2, c.c., egli potrà rivalersi nei confronti della società e dei soci superstiti per il recupero della somma corrisposta (34). Tale regresso dovrà essere esercitato *in primis* verso la società (argomentando *ex* artt. 2268 e 2304 c.c.) e poi, in subordine - e solo in caso di rivalsa infruttuosa - verso i soci superstiti.
Tale ricostruzione è avvalorata dall'arresto in commento. Nega infatti il giudice felsineo che la socia receduta debba concorrere alle spese ed ai debiti della

*receduto*, Quesito n. 14-2016/I, risposta del 18 gennaio 2016 dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, in *Banca Dati Notarile Angelo Gallizia*.

(26) La Massima n. 54/2015 del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, cit., classifica detta fattispecie quale mutuo dissenso contrattuale parziale.

(27) Basti sul punto il rinvio a C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., 409, in particolare vedasi la dottrina *ivi* cit. alla nt. 1.

(28) Imponendo l'art. 2287 c.c. di non computare il voto dell'escluso, si giunge a ritenere che la partecipazione di questi alla decisione d'esclusione sia persino evitabile. Circa il computo della maggioranza, la dottrina pressoché unanime ritiene che, per ragioni sistematiche, essa vada calcolata per teste e non per quote d'interesse; se non fosse così, non si comprenderebbe perché la norma parli di "numero" dei soci ed imponga il ricorso al Tribunale nel caso di S.n.c. formata da due soli soci dove, se si avvalorasse la tesi della decisione *pro quota*, sarebbe perfettamente possibile che uno fra i due possegga una quota d'interesse maggioritaria capace d'evitare lo stallo. Sul punto G. Ferri, *Delle società*, cit., 252; F. Ferrara Jr., *Imprenditori e società*, cit., 277; G. F. Campobasso, *Diritto delle società*, cit., 115, F. Di Sabato, *Manuale delle società*, VI, Torino, 1999, 93; V. Buonocore - G. Castellano - R. Costi, *Società di persone*, cit., 1140.

(29) G. Ferri, *Delle società*, cit., 241; G.F. Campobasso, *Diritto delle società*, cit., 113; V. Buonocore - G. Castellano - R. Costi, *Società di persone*, cit., 1094; G. Giampiccolo, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, 359; G. Cottino, *Le società-Diritto Commerciale*, vol. I, t. II, IV, Padova, 1999, 146; in giurisprudenza vedasi Cass. Civ. 11 settembre 2017, n. 21036; Cass. Civ. 8 marzo 2013, n. 5836; Cass. Civ. 30 maggio 1953, n. 1643; nel merito: Trib. Savona 7 gennaio 2022, n. 7; Trib. Palermo 31 marzo 2021, n. 1398; Trib. Isernia 28 dicembre 2006.

(30) In sé la dichiarazione di recesso, una volta notificata, diviene irrevocabile; tuttavia la giurisprudenza non esclude che, quantomeno fino a che non sia stata compiuta la liquidazione della quota, un comune accordo fra soci superstiti ed il recedente-revocante possa rinnovare la partecipazione di quest'ultimo alla società, prevalendo il *favor societatis*; in tal senso Cass. Civ. 24 settembre 2009, n. 20544, in *Riv. not.*, 5, 2010, 1426, con nota di F. Guabello, *Sulla natura del recesso nelle società di persone e sulla possibilità di una sua revoca*.

(31) Così G. Ferri, *Delle società*, cit., 265; secondo V. Buonocore - G. Castellano - R. Costi, *Società di persone*, cit., 1241, trattasi di applicazione del principio dell'affidamento.

(32) Il punto è pacifico in dottrina; in giurisprudenza vedasi Cass. Civ. 8 maggio 2003, n. 6987 e Trib. Venezia 24 luglio 2015, n. 134.

(33) V. Buonocore - G. Castellano - R. Costi, *Società di persone*, cit., 1241.

(34) G. Ferri, *Delle società*, cit., 266; M. Ghidini, *Società personali*, cit., 627; F. Ferrara Jr., *Imprenditori e società*, cit., 280.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



società sorti nel periodo intercorrente fra l'intervenuta efficacia endosocietaria del suo recesso (realizzatasi decorsi 3 mesi dalla comunicazione all'altra socia) e la pubblicità del recesso medesimo al registro imprese (intervenuta quasi 16 mesi più tardi). Pertanto, l'arresto ribadisce implicitamente come la responsabilità alla quale l'art. 2290 c.c. fa riferimento sia solamente quella verso i terzi, mentre nei rapporti interni il socio uscente chiamato a soddisfare dei creditori sociali possa rivalersi sia verso la società, che verso i soci restanti.

## La modifica dell'atto costitutivo e la sua pubblicità

Il contratto sociale si modifica, soggettivamente, sin dal momento in cui il recesso, l'esclusione, la morte o una decisione unanime dei soci in tal senso divengono efficaci (35). Sorge, da tale momento, una fisiologica discrepanza fra la mutata realtà giuridica - essendo variata la compagine sociale - e le risultanze del registro imprese, nelle quali il soggetto cedente, defunto, escluso o receduto continua a figurare quale socio della società.

Al fine di rendere anche i terzi edotti della modificazione soggettiva (36), l'art. 2300 c.c. pone l'obbligo, in capo agli amministratori, d'iscrivere al registro imprese le "modificazioni dell'atto costitutivo", nonché gli "altri fatti relativi alla società, dei quali è obbligatoria l'iscrizione". L'art. 11, comma 4, d.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581, regolante l'iscrizione degli atti al registro imprese, impone all'atto da iscrivere la forma notarile pubblica o autenticata; senonché sorge, a tal punto, un evidente *impasse* con riferimento a quanto detto sinora. Come può, infatti, essere iscritto al registro imprese per atto notarile un semplice fatto quale la morte di un socio, ovvero un atto unilaterale recettizio a forma libera qual è il recesso?

La dottrina notarile (37) suggerisce una distinzione a seconda che debbano pubblicizzarsi atti o fatti modificativi della compagine sociale. Ai fatti appartengono il decesso del socio, il suo fallimento e la liquidazione della partecipazione ottenuta dal suo creditore *ex* art. 2288, comma 2, c.c.; sono invece atti il trasferimento di partecipazioni *inter vivos*, l'*exit* controllato, i negozi di continuazione *ex* art. 2284 c. c., la dichiarazione di recesso, la decisione d'esclusione e il decreto di trasferimento giudiziale. Secondo tale tesi, i fatti possono essere pubblicizzati comunicando al registro imprese una semplice dichiarazione, redatta dagli amministratori sugli appositi modelli ministeriali, eventualmente corredata dalla documentazione comprovante il fatto (es.: un certificato di morte); gli atti, in ossequio al citato art. 11, comma 4, d.P.R. n. 581/1995, richiedono inevitabilmente l'intervento del notaio che ne autentichi le firme.

Tale ricostruzione sistematicamente coglie nel segno, ma non sembra essere seguita a pieno dalla prassi delle camere di commercio. Queste, quantomeno in materia di recesso, non aderiscono alla distinzione fra atti e fatti modificativi della compagine sociale, ma diversificano il regime a seconda che si tratti di mera comunicazione dell'intervenuto recesso, ovvero successivo ed organico adeguamento dei patti sociali (38). Si ammette, cioè, che gli amministratori possano autocertificare e trasmettere al registro imprese una comunicazione d'avvenuto recesso, necessariamente allegandovi le raccomandate dimostrative, senza costringere il socio uscente a rendere la propria dichiarazione unilaterale di recesso in forma notarile, ovvero farlo partecipare alla

(35) Circa tale momento, per il recesso questo coincide con la comunicazione agli altri soci, eccetto soltanto il caso di recesso *ad nutum*, che produce i propri effetti decorsi tre mesi da detta comunicazione; quanto all'esclusione, la sua efficacia si produce una volta comunicata la decisione d'esclusione o la pronuncia del Tribunale al socio escluso; la decisione unanime di cessione della quota o di *exit* controllato producono evidentemente effetti dal momento stesso in cui sono prese, salvo termini o clausole condizionanti, mentre la morte scinde il rapporto contrattuale nel momento in cui accade o è pronunziata in via presuntiva.

(36) Invero, i soci ne sono inevitabilmente già a conoscenza, essendo o parti delle decisioni unanimi di cessione o *exit* controllato, ovvero destinatari della comunicazione di recesso. Unici dubbi possono sorgere in merito al decesso ed all'esclusione del socio, essendo la conoscibilità della prima rimessa ad una comunicazione degli eredi o ad un'indagine degli amministratori, mentre la decisione d'esclusione potrebbe essere stata deliberata a maggioranza anche in assenza di alcuni soci. Sulla non necessarietà del metodo collegiale per le decisioni delle società di persone vedasi Cass. Civ. 10 gennaio 1998, n. 153, e tutti i precedenti conformi *ivi* citati; in dottrina G. Ferri, *Delle società*, cit., 73 s.; V. Buonocore - G. Castellano - R. Costi, *Società di persone*, cit., 504; G. Cottino, *Le società*, cit., 83; G.F. Campobasso, *Diritto delle società*, cit., 108.

(37) Massima O.A.8 del Comitato Interregionale dei Consigli Notarili Delle Tre Venezie (Triveneto), *Fatti e atti modificativi della compagine sociale e loro iscrizione nel registro delle imprese*, pubbl. 9/14, su *www.notaitriveneto.it*.

(38) In merito, vedasi la Direttiva del Ministero dello Sviluppo Economico del 13 luglio 2015, su *www.mise.gov.it*, e le istruzioni per la comunicazione del recesso nelle società di persone della camera di commercio di Ferrara, consultabili su *Modalità di comunicazione al registro imprese del recesso* ex *art. 2285 c.c. - Camera di Commercio di Ferrara* (*camcom.it*) (ult. visita 4 settembre 2022) e di Pesaro-Urbino, consultabili su *http://www.cciaamc.sinp.net/old-siti/SitoPU/sitopu/www.ps.camcom.gov.it/portale-registro-imprese/portlet-due/variazione/societa/decesso-recesso-ed-esclusione-di-socio-di-societa-di-persone/copy_of_recesso.html* (ult. visita 4 settembre 2022); con specifico riguardo al recesso *ad nutum*, vedasi la guida predisposta dalla camera di commercio di Torino consultabile su *https://www.odcec.torino.it/public/circolari/recessosocio.pdf* (ult. visita 4 settembre 2022).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



successiva decisione d'adeguamento dei patti sociali assunta dai soci residui. Tale comunicazione produce visivamente l'effetto di una semplice annotazione, posta in visura camerale a fianco dell'anagrafica del socio, del suo intervenuto recesso; tutti i restanti patti sociali restano invariati, inclusa la quota-capitale del receduto e la sua partecipazione ad utili e perdite: per il loro aggiornamento deve attendersi la successiva modifica del contratto sociale, assunta dai soci restanti all'unanimità (salvo deroghe *ex* art. 2252 c. c.). La sentenza annotata mostra di seguire tale orientamento operativo, dal momento che nulla eccepisce in merito alla forma non autentica della dichiarazione di recesso di parte attrice - effettuata per iscritto tramite invio di una semplice raccomandata A/R - che però è stata oltremodo iscritta al registro imprese a seguito della comunicazione compiuta (tardivamente) dalla socia superstite, in veste d'amministratrice.

Il *decisum* apre, inoltre, alla possibilità che detta comunicazione di recesso al Registro Imprese venga effettuata non dall'organo amministrativo dell'S.n. c., ma direttamente dal socio receduto. Infatti, non solo la società ha interesse a porre i terzi a conoscenza della fuoriuscita del socio (evitando che questi possa spendere ancora il nome sociale): la pubblicità del recesso soddisfa anche e soprattutto l'interesse del socio receduto, che così interrompe la propria responsabilità verso i terzi per le obbligazioni sociali. Circa la possibilità che sia il socio receduto a sostituirsi all'amministratore inerte nell'effettuare la pubblicità di cui all'art. 2300 c.c. si è, in passato, effettivamente già espressa in senso favorevole la giurisprudenza di legittimità, evidenziando come questi sia un soggetto "interessato" all'iscrizione pubblicitaria ai sensi dell'art. 2189 c.c. (39).

## Considerazioni finali

L'esaminata pronuncia costituisce una *summa* di alcune fra le più dibattute questioni in materia di recesso nelle società personali. Sono infatti esaminati il principio di tassatività delle ipotesi di recesso, il rapporto fra recesso convenzionale ed *exit* controllato, la portata del recesso *ad nutum* in quanto connaturato alla vita del socio, nonché l'efficacia endo ed eso-societaria della dichiarazione di recesso. Le conclusioni più significative riguardano l'ammissibilità del recesso convenzione *ad nutum* senza che i patti sociali debbano predeterminarne le cause specifiche, nonché la possibilità di pubblicizzare la dichiarazione di recesso anche priva della forma notarile, al fine di porre un freno alla responsabilità vero terzi del socio receduto.

Il passaggio in cui l'arresto ammette che, con il consenso di tutti i soci, sia possibile recedere dall'S.n.c. anche non ricorrendo alcuna delle ipotesi tipiche - o rese tipiche dai patti sociali - di recesso di cui all'art. 2285 c.c. è invece commentato con alcune puntualizzazioni critiche. Che siffatta fuoriuscita del singolo socio sia possibile non v'è motivo di dubitare, ma in un'ottica squisitamente classificatoria si è inteso dimostrare come tale ipotesi non vada assimilata al recesso, ma sia più correttamente da ricondurre all'*exit* controllato: un negozio atipico a causa variabile.

In ultimo, trattandosi di S.n.c. composta da due sole socie, desta perplessità come il giudice si sia limitato a sancire la liceità del recesso dell'una senza approfondire le conseguenze di ciò nella successiva fase di liquidazione della partecipazione sociale, cui ha condannato società e socia convenuta. Non si dubita infatti come, ai sensi dell'art. 2272, n. 4, c.c., in quanto applicabile, decorsi sei mesi dall'intervenuta efficacia del recesso senza che la socia superstite abbia ricostituito la pluralità sociale, l'S.n.c. sia sciolta (40). Dunque, nel caso *de qua*, a far data dal 19 gennaio 2018, l'S.n.c. si trovava inevitabilmente in scioglimento, con conversione *ex lege* del suo oggetto sociale dall'attività lucrativa all'attività liquidatoria ed operando le limitazioni all'attività sociale di cui all'art. 2274 c.c. (41). In tale contesto, è discusso se la socia receduta conservi, quale creditrice sociale, il diritto alla liquidazione della propria quota ovvero se questo degradi - in quanto postergato rispetto ai creditori - a

(39) Così sia Cass. Civ. 21 dicembre 1999, n. 14360, che Cass. Civ. 26 febbraio 2002, n. 2812, le quali sì riconoscono e al receduto, e agli amministratori il potere di effettuare la comunicazione al Registro Imprese, ma precisano come, per il receduto, ciò costituisca una mera facoltà, mentre per gli amministratori costituisca un obbligo.

(40) A riguardo, la tesi prevalente è che la società si sciolga solo una volta trascorsi inutilmente i sei mesi senza che sia stata ricostituita la pluralità dei soci, operando tale evento come condizione sospensiva allo scioglimento; così M. Ghidini, *Società personali*, cit., 795; F. Di Sabato, *Manuale delle società*, cit., 96; G.F. Campobasso, *Diritto delle società*, cit., 118; G. Cottino, *Le società*, cit., 164; F. Ferrara Jr., *Imprenditori e società*, cit., 282; in giurisprudenza Cass. Civ. 11 aprile 1995, n. 4169; Cass. Civ. 19 aprile 2001, n. 5809; Cass. Civ. 16 febbraio 1981, n. 936. Contrario il solo G. Ferri, *Delle società*, cit., 174 s., il quale rileva che, così ragionando, si viene ad attribuire a detta condizione sospensiva un'efficacia straordinariamente *ex nunc*.

(41) *Amplius* sullo scioglimento delle società di persone, con ampi rinvii a dottrina e giurisprudenza, F. Petrera - M. Silva, *Società di persone - Il regime legale conseguente al prodursi della causa di scioglimento e le condizioni per l'omissione della fase di liquidazione*, Studio n. 203-2018/I approvato dalla Commissione Studi d'Impresa del Consiglio Nazionale del Notariato il 13 settembre 2018, in *Studi e Materiali*, 2, 2020, 363.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



diritto ad una proporzionale quota nella più ampia liquidazione dell'intera società (42). Il Tribunale di Bologna, nel condannare la socia superstite e la società alla "liquidazione della quota sociale" in favore della receduta, pare propendere per la prima opzione, apparentemente posponendo le ragioni creditorie alle ragioni della receduta attrice, ponendosi in dissenso rispetto alla dottrina maggioritaria. Trattasi di coraggiosa presa di posizione da parte del Giudice su di un argomento tutt'ora assai controverso, che avrebbe forse meritato un maggiore approfondimento in sede di motivazione.

(42) La dottrina maggioritaria ritiene che, se la società è composta di due soli soci, l'efficacia dello scioglimento del singolo rapporto sociale sia subordinata al mancato scioglimento della società, vuoi *ex lege* (art. 2272, n. 4, c.c.), vuoi per decisione del socio superstite; in tal caso, il diritto "alla liquidazione della quota" *ex* art. 2289 c.c. sarebbe sostituito dal diritto "alla quota di liquidazione" dell'intera società, regolato dagli artt. 2272 ss. c.c.; così F. Ferrara Jr., *Imprenditori e società*, cit., 268; F. Di Sabato, *Manuale delle società*, cit., 97; G. Ferri, *Delle società*, cit., 181 s.; contrario G. Cottino, *Le società*, cit., 146, il quale ritiene come, una volta che il recesso ha prodotto i propri effetti, il recedente perda la qualità di socio e, dunque, se per conseguenza di tale recesso la società di due soci si sciolga per mancata ricostituzione della pluralità dei soci, ciò è indifferente al receduto, che sarà già mutato da socio a creditore sociale. Una giurisprudenza non copiosa (Cass. Civ. 11 dicembre 1999, n. 13875; Trib. Milano 2 gennaio 2013; Trib. Frosinone 18 aprile 2018), ma avallata all'arresto a Sezioni Unite Cass. Civ., SS.UU., 26 aprile 2000, n. 291, si allinea alla dottrina maggioritaria; *contra* però Cass. Civ. 7 maggio 1974, n. 1278; Cass. Civ. 22 dicembre 1978, n. 6156; Cass. Civ. 8 agosto 1990, n. 8001, e, anche successivamente alle citate Sezioni Unite, Cass. Civ. 21 marzo 2022, n. 9135; Trib. Roma 27 agosto 2018, n. 16614, e - apparentemente - l'arresto qui commentato.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



## Controllo individuale del socio

### Tribunale di Milano, Sez. Impr., 29 aprile 2022 - Giud. A. Simonetti - F. V. c. Valmark S.r.l.

*Società - Società a responsabilità limitata - Controllo individuale del socio - Diritto di informazione e consultazione - Società controllate*

*(Cod. civ. artt. 2381, comma 5, 2403-*bis*, 2428, 2476, comma 2; cod. proc. civ. art. 700)*

**Nell'ipotesi in cui la S.r.l. sia una *holding*, se non può affermarsi in via generale ed astratta la sussistenza del potere del socio di esaminare indifferentemente e direttamente ogni documento delle partecipate, non può di converso negarsi in radice la possibilità di avere specifiche informazioni sulle stesse. Se si negasse tale facoltà ne discenderebbe lo svuotamento del diritto *ex* art. 2476, comma 2, c.c., ogni volta in cui la società abbia come attività solo la gestione "statica" di partecipazioni.**

*Società - Società a responsabilità limitata - Controllo individuale del socio - Diritto di informazione e consultazione - Società controllate - Riservatezza*

*(Cod. civ. artt. 2359, 2476, comma 2)*

**L'esigenza di tutela dei dati sociali in presenza di specifici indici di conflitto concorrenziale- potenziale o reale- tra il socio ricorrente e le controllate della società resistente, se non può di per sé portare ad eliminare interamente il potere di controllo del socio, elidendone la liceità, va tenuto in considerazione nello stabilirne le modalità di esercizio.**

**Il Tribunale (*omissis*).**

Il ricorrente F.V., quale socio titolare di una partecipazione pari al 40% del capitale della società V. srl, ha proposto ricorso *ex* art. 2476 co 2 c.c. e art. 700 c.p.c. e ha chiesto di ordinare alla società di fornirgli "*complete informazioni sull'andamento dei propri affari sociali e delle società controllate, direttamente o indirettamente, dalla resistente (i.e. N.L.H. s.r.l., F.V.C. s.r.l., C.C.M. Gmbh, e S. Gmbh) e (ii) di consentirgli, anche tramite persona di sua fiducia, di accedere ed esaminare, con facoltà di estrarne copia, i libri sociali e tutta la documentazione contrattuale, amministrativa, contabile e fiscale della resistente e delle società controllate di essere autorizzate, anche con ausilio di professionisti di fiducia…" tra cui "documentazione attestante il rinnovo dei marchi e dei brevetti…il tutto a far data dal 2017 ad oggi"; e in particolare "il contratto stipulato fra M.C. sas e F.V., il contratto stipulato da P. srl, S. Gmbh e C.C.M. Gmbh*" (pag. 4 del ricorso).

Il socio ricorrente ha, dunque, fondato la sua domanda

- in punto di *fumus boni iuris*, sul diritto di accesso e di esibizione *ex* art. 2476 co 2 c.c. quale socio di minoranza non partecipante all'amministrazione di V. srl e sulle sue controllate,
- quanto al *periculum*, sulla circostanza di aver già cercato infruttuosamente da vari mesi di ottenere documenti e informazioni sociali, ottenendo sempre un rifiuto dall'amministratore della società, soprattutto con riferimento alle informazioni sulle controllate.

In ricorso la difesa di F.V. ha, invero, ammesso che in data 23 giugno 2021 ha ricevuto dalla società copia dei verbali delle adunanze assembleari del 15 marzo 2021 e del 15 giugno 2021 ed alcuni documenti (non altrimenti identificati), mentre nessun documento delle controllate è stato dato in consultazione.

V. srl si è costituita per difendersi, ha fatto presente la già avvenuta soddisfazione delle richieste del socio nei limiti di quanto ciò è possibile anche alla luce del rapporto diretto e rilevante di concorrenza tra V. srl, in particolare la sua controllata F.V. srl, con la società H. srl di cui F.V. (figlia di F.V.) è socia di maggioranza e il ricorrente F.V. presidente; ha fatto presente che F.V. è stata socia di V. srl fino a che non ha ceduto a maggio 2021 al padre F.V. (ricorrente) la sua partecipazione del 40% in V. srl andando a fondare H. srl.

Le deduzioni, allegazioni e argomenti difensivi esposti dalle difese nei rispettivi atti di costituzione si intendono qui richiamati e non vengono nel dettaglio esposti per esigenze di sintesi e di contenimento dei tempi di redazione del provvedimento.

Il tema del decidere e le contrapposte posizioni sono state ampiamente trattate dai difensori anche nel corso della udienza del 20 aprile 2022 che si è svolta in presenza, in particolare la difesa del ricorrente ha dichiarato che quello che interessa al socio è accedere alla documentazione della controllata F.V. srl.

Ciò che va tenuto presente nella decisione del ricorso è che:

- V. srl è sostanzialmente una *holding* (ammesso dal difensore della società in udienza) e controlla, attraverso una catena societaria, F.V. srl e S. Gmbh, società di diritto austriaco; il controllo si sviluppa nel seguente modo: V. srl possiede al 100% N.L.H. srl la quale possiede il 60% della società austriaca C.C.M. Gmbh la quale controlla al 100% F.V. srl e S. Gmbh;

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



- pacificamente esiste un rapporto di concorrenza tra l'attività del gruppo V., con particolare riferimento alla attività dell'operativa F.V. srl e la società H. srl, *start up* innovativa, che fa riferimento al socio ricorrente e alla figlia F.; il rapporto di concorrenza è pacifico e rilevante perché coinvolge attività oggetto di brevetti di processo (per estrazione fibre arabinoxilani) di cui è titolare H. srl e di composizione per l'utilizzo delle fibre arabinoxilani di cui è titolare N.L.H. srl e licenziataria F.V. srl;
- non risulta, perché non è stato allegato né emerge dai documenti, che V. srl sia tenuta al bilancio consolidato.

Non possono esservi allo stato dubbi sulla qualifica di socio di minoranza di V. srl di F.V., atteso che ciò risulta dalla visura camerale della società.

**Il diritto del socio alla consultazione *ex* art. 2476 co 2 c.c.**

Non è contestato, in generale, dalla società il diritto del socio di minoranza che non partecipa alla amministrazione della srl di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali, di consultare i libri sociali e i documenti relativi alla amministrazione; l'esercizio di questa facoltà non è stato a pieno consentito dalla società V. srl (la quale pare abbia consegnato solo due verbali di assemblea ed altra documentazione non individuata esattamente in causa né dal socio né dalla società) che ha opposto esigenze di riservatezza in relazione alla attività di concorrenza svolta dalla società H. srl; quindi su questo oggetto, esercizio del diritto *ex* art. 2476 co 2 c.c. da parte del socio sui documenti della società V. srl il ricorso va accolto con le disposizioni che di seguito si andranno ad esporre al fine del bilanciamento dell'interesse da un lato del socio al controllo sull'amministrazione della società e, dall'alto, della società a mantenere riservati alcuni dati in relazione al rapporto di concorrenza esistente con il socio.

**Rapporto di concorrenza e tutela delle ragioni di riservatezza della società**. Ciò che è in discussione è l'ampiezza dell'esercizio del diritto di informazione del socio della *holding* sugli affari, i libri sociali e i documenti della controllata inoltre in una situazione in cui esiste un sensibile rapporto di concorrenza tra il socio (tramite la società di cui è presidente) e la *holding* o le sue controllate.

Il rapporto di concorrenza tra H. srl da un lato (di cui è presidente F.V. e socia di maggioranza la figlia) e dall'altro V. srl, tramite la sua controllata F.V. srl, sussiste; va considerato sul punto quanto riferito negli atti e specificato dai legali durante l'udienza del 20 aprile 2022 (questa la dichiarazione del legale di F.V. "*... la H. srl svolge attività in concorrenza con le società controllate da V. nella specie con F.V.C. srl ma fondata su brevetti di processo di cui è titolare H. srl su prodotti differenti da quelli commercializzati da F.V. che traggono origine da un brevetto di proprietà di terzi di cui farine V. è licenziataria; in particolare i prodotti che H. commercializza sono: birra analcolica, birra alcolica, cioccolato, crema spalmabile di cioccolato, biscotti, caserecce e ketchup, mentre F.V. produce e commercializza i seguenti prodotti: farina intera, farina intera per pizza, grissini, bossolà e torcetti, spaghetti pasta intera; sulla scorta di tali elementi contesta il pericolo alla esibizione della documentazione sociale della controllata F.V.*").

La difesa della società ha rilevato che va tutelato l'interesse di V. srl e di F.V. in relazione al rapporto di concorrenza allegando che "*... le attività di ricerca e sviluppo che stanno compiendo in H. si fondano su proprietà intellettuale detenuta in licenza da farina V., titolare del know how quale licenziataria. In questo contesto i dati sensibili sono quelli commerciali sul nome dei fornitori, dei clienti, sui prezzi applicati e richiesti e sulla rete vendita composta dagli agenti e venditori; oltre a questo è sensibile tutto ciò che attiene alla catena produttiva: ricette, sviluppo, ricerca. L'avv. della società conferma che la stessa non ha problemi a mostrare i propri libri sociali. Precisa che anche F.V. utilizza come licenziataria un brevetto di processo per estrarre la sostanza componente dei prodotti descritta negli atti. N.L.H. è titolare del brevetto di composizione per l'utilizzo delle fibre arabinoxilani miscelate con farina, mentre H. dispone di due brevetti di processo*".

La circostanza dell'esistenza di un indiscutibile rapporto di concorrenza tra la società e quella facente riferimento al socio ricorrente va considerata nel determinare la portata e i limiti concreti dell'esercizio del diritto di controllo *ex* art. 2476 comma 2 c.c. da parte del socio di minoranza al fine di garantire anche le esigenze di riservatezza manifestate da V. srl che non paiono pretestuose.

**L'esercizio del controllo del socio di *holding* sulle controllate.** Resta da affrontare la sussistenza del diritto del socio di ottenere da V. srl la documentazione societaria delle partecipate e le informazioni inerenti lo svolgimento degli affari soprattutto con riferimento a F.V. srl, richiesta rispetto alla quale V. srl non ha manifestato disponibilità a soddisfarla.

V. srl controlla F.V. srl: tramite la N.L.H. e C. Gmbh possiede la maggioranza del 60% nell'assemblea di F.V. srl.

Come da giurisprudenza orami consolidata di questo Tribunale il diritto di informazione e di accesso alla documentazione sociale, espressamente riconosciuto ai soci di società a responsabilità limitata che non partecipano all'amministrazione dall'art. 2476, comma 2, c.c., si configura, secondo la preferibile interpretazione, quale manifestazione di un potere di controllo individuale in capo ai singoli soci, potere di controllo di per sé non subordinato ad alcuna dimostrazione di specifico interesse da parte del socio; potere che si esplica in due direzioni, una di informazione attraverso l'acquisizione di notizie dall'amministratore sullo svolgimento degli affari sociali e l'altra di consultazione della documentazione sociale; l'oggetto del controllo - sia con riferimento alle informazioni, sia con riferimento alla documentazione sociale - ha uno spettro ampio, non ravvisandosi nella norma alcuna limitazione se non che l'esercizio del diritto deve uniformarsi al rispetto dei principi di buona fede e correttezza, con la conseguenza che esso va concordato nelle sue modalità di svolgimento tra socio e organo amministrativo. Dato l'ampio confine dell'oggetto del controllo si è definito il perimetro dei poteri di ispezione del socio di una S.r.l. sui "documenti relativi all'amministrazione della società" come comprensivo, quanto all'oggetto, "di tutta la documentazione ragionevolmente necessaria ovvero in concreto esaminata/utilizzata dall'organo amministrativo per l'esercizio delle proprie funzioni e conseguentemente da reputarsi nella materiale disponibilità giuridica della stessa".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


È già stato affermato da questo Tribunale (ord. 27.09.2017 RG 39298/2017, Tribunale Milano est. P., ord. 21.03.2019 in RG 4155/19) che vi è una necessaria coincidenza tra i poteri di controllo di una società di capitali, assicurati nell'assetto normativo dal controllo sindacale nella s.p.a. e il controllo dei soci non amministratori nella s.r.l.
Il perimetro del potere di indagine conoscitiva del socio che non partecipa alla gestione nella srl ha ad oggetto i documenti e/o le informazioni di cui l'organo amministrativo dispone per una corretta gestione della società.
In questo quadro può richiamarsi l'art. 2403 *bis* co 2 c.c. che dispone che il collegio sindacale può chiedere agli amministratori notizie anche con riferimento a società controllate sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari e può scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle controllate sull'andamento generale dell'attività sociale; la stessa norma, all'ultimo comma, attribuisce però la facoltà dell'amministratore di interloquire solo con il sindaco esclusi i suoi collaboratori in ipotesi di informazioni riservate.
Va, inoltre, considerato che l'art. 2407 c.c. stabilisce che i sindaci devono conservare il segreto su fatti e documenti di cui hanno conoscenza per ragioni del loro ufficio, mentre tale obbligo non sussiste in capo al socio di srl.
In ipotesi, come quella di specie, in cui la società a responsabilità limitata sia una *holding* non può affermarsi in via generale ed astratta la sussistenza del potere del socio di esaminare indifferentemente e direttamente ogni documento della partecipata, ma non può per converso negarsi in radice la possibilità di avere specifiche informazioni sulle partecipate, se si negasse tale facoltà si avrebbe come risultato lo svuotamento del diritto *ex* art. 2476 co 2 c.c. ogni volta in cui la società abbia come attività soltanto quella "statica" di gestione di partecipazioni.
Si tratta dunque in concreto di individuare di quali informazioni, in ogni caso specifico, l'amministratore della *holding* debba disporre e di quale documentazione debba avere la conoscenza per la gestione corretta e diligente della srl medesima; così le informazioni e i documenti di cui l'amministratore deve ritenersi debba disporre per adempiere all'obbligazione, su di lui gravante, di agire in modo informato possono essere oggetto di indagine del socio *ex* art. 2476 co 2 c.c. anche se inerenti le partecipate.
Invero sono numerose le indicazioni che vengono dal codice circa la consistenza ed ampiezza del flusso di informazioni tra la controllante e le controllate:
- l'art. 2381 comma 5 c.c. dispone che gli organi delegati riferiscono almeno ogni sei mesi al collegio sindacale anche sulle operazioni di maggior rilievo effettuate dalle controllate,
- l'art. 2426 n. 3) c.c. sulla valutazione nello stato patrimoniale delle immobilizzazioni finanziarie rappresentate dalle controllate da condurre secondo il principio OIC 21, valutazione che implica l'accesso dell'amministratore ad una serie di informazioni sulla partecipata, soprattutto sul suo stato patrimoniale, l'art. 2425 C) 15 e 17 sui proventi dalle partecipazioni, interessi e altri oneri finanziari derivanti dalle controllate: l'amministratore della controllante deve dunque avere accesso ai dati patrimoniali della controllata per predisporre il bilancio,
- l'art. 2427 n. 5) c.c.,
- l'art. 2428 co 1 c.c. nella parte in cui dispone che l'amministratore nella relazione sulla gestione deve rendere l'analisi della situazione della società e dei risultati della gestione nel complesso e nei vari settori in cui opera anche attraverso le controllate; il comma 3 n. 2) che prevede che dalla relazione sulla gestione deve risultare il rapporto con le controllate.
Il corretto svolgimento della gestione dell'impresa comporta da parte dell'amministratore la conoscenza dei dati contabili delle partecipate che hanno generato le valutazioni patrimoniali ed economiche di bilancio della *holding*.
La società V. srl non ha dedotto di non avere accesso ai documenti di F.V. srl ma ha opposto un rifiuto di esibizione sulla scorta della natura riservata delle informazioni in considerazione del rapporto di concorrenza con H. srl; per altro, poiché V. srl svolge solo attività di gestione delle partecipazioni delle controllate, il suo amministratore F.V. è amministratore unico anche di F.V. srl, non possono esservi dubbi sul fatto che l'amministratore F.V. abbia accesso alle informazioni e alla documentazione amministrativa, contabile, contrattuale delle partecipate e di F.V. srl necessaria per redigere il progetto di bilancio della *holding* (per es. per la valutazione delle immobilizzazioni secondo i criteri di cui all'art. 2426 c.c. comma 1 n. 1), 3)) oltre che per esercitare quale socia i diritti sociali nell'assemblea delle partecipate in sede di approvazione dei loro bilanci. Quindi facendo applicazione di quanto sopra detto, cioè:
- dell'ampiezza del flusso informativo sulla controllata di cui dispone l'amministratore della controllante, flusso informativo che questi deve garantire all'organo di controllo (sindaci),
- ma anche del potere/dovere dell'amministratore di porre limitazioni alla diffusione di notizie riservate per non cagionare pregiudizi alla società amministrata di cui andrebbe responsabile, soprattutto in un contesto di concorrenza diretta tra l'attività o la sfera di interesse del socio e l'attività della società,
- del fatto che il socio della controllante non è socio della controllata e non può avere totale e pieno accesso ai dati della controllata come se ne fosse socio direttamente,
può ritenersi che il socio della controllante srl nell'ambito dell'esercizio dei poteri di controllo sulla gestione della srl, di cui è espressione l'art. 2476 co 2 c.c., può avere informazioni dagli amministratori
- sull'andamento della attività della controllata,
- sulla sua situazione patrimoniale,
- sui risultati della gestione,
- su specifici affari.
Le informazioni per non svuotare di contenuto la disposizione dell'art. 2476 co 2 c.c., che conforma un controllo sulla gestione, devono essere accompagnate dai documenti che ne sono la fonte. (in particolare il socio può consultare delle partecipate da V. srl i seguenti documenti: i) i registri contabili e fiscali obbligatori quali libro giornale e libro degli inventari, ii) i bilanci, iii) i libri delle assemblee delle partecipate di V. srl relativi agli esercizi dal 2017).
**Ancora sulla tutela dell'interesse sociale alla riservatezza**.
L'esigenza di tutela dei dati sociali in presenza di specifici

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



indici di conflitto concorrenziale - potenziale o reale - tra il socio ricorrente e le controllate della società resistente, nello specifico F.V., S. Gmbh e N.L.H. srl quale quello qui illustrato dalla resistente, se non può di per sé portare ad elidere interamente il potere di controllo del socio escludendone la liceità, va tenuto in considerazione nello stabilire le specifiche modalità di esercizio del diritto.

Come già deciso da questo Tribunale in altri analoghi procedimenti cautelari, il contrasto tra il diritto di accesso del socio di srl e le esigenze di riservatezza della società debba essere risolto alla luce del principio di buona fede, la cui applicazione allo specifico rapporto sociale "*comporta che il diritto alla consultazione della documentazione sociale e alla estrazione di copia possa trovare specifica limitazione attraverso l'accorgimento del mascheramento preventivo dei 'dati sensibili' presenti nella documentazione, quali, i dati relativi ai nominativi di clienti e fornitori - laddove alle esigenze di controllo 'individuale' della gestione sociale - cui è preordinato il diritto del socio ex art. 2476 c.c. secondo comma - si contrappongano non pretestuose esigenze di riservatezza fatte valere dalla società*" (cfr., ad esempio, l'ordinanza 20.9.2020 nel proc. 28888/2020; ordinanza 29.9.2015 nel proc. rg n. 41539/2015; ordinanza 27.2.2017 nel proc. rg n. 6980/2017).

Tale soluzione va adottata anche nel caso di specie, nel quale - pur nei limiti della cognizione sommaria propria della presente sede - la prospettazione della società resistente in ordine ad un uso potenzialmente pregiudizievole da parte del socio ricorrente di dati ricavabili dalla documentazione sociale risulta confermata dalla effettiva attività in concorrenza sopra descritta.

In considerazione della specifica situazione va, invece, esclusa l'esibizione dei contratti aventi ad oggetto il rinnovo dei marchi o dei brevetti e va attribuita discrezionalità all'amministratore della società V. srl di mascherare dei singoli contratti di cui il socio chieda la consultazione i dati che ritiene sensibili in relazione alla attività in concorrenza, facoltà di mascheramento che viene concessa all'amministratore anche con riguardo ad ogni altra documentazione sociale con il limite che il mascheramento non può comportare l'occultamento totale del contenuto del documento.

Quanto al *periculum* lo stesso va ravvisato senz'altro nella fattispecie dato il tempo trascorso dalle prime richieste di informazioni sulle controllate cui la società non ha dato riscontro.

Conclusivamente deve ordinarsi a V. srl in persona del suo amministratore previo mascheramento delle informazioni riservate,

a) di fornire al socio F.V. informazioni sull'andamento dei propri affari sociali e delle società controllate, direttamente o indirettamente, dalla resistente (i.e. N.L.H. s.r.l., F.V.C. s.r.l., C.C.M. Gmbh, e S. Gmbh),

b) di consentire al ricorrente, anche tramite persona di sua fiducia, di accedere ed esaminare, con facoltà di estrarne copia, i libri sociali e tutta la documentazione contrattuale, amministrativa, contabile e fiscale di V. srl dal 2017;

c) quanto alle controllate direttamente o indirettamente da V. srl di rendere informazioni sulla loro situazione patrimoniale, sui risultati della gestione, su specifici affari con facoltà di esaminarne i bilanci e le verifiche periodiche di bilancio, i libri delle assemblee relativi agli esercizi dal 2017.

La discrezionalità accordata all'amministratore di V. srl nell'individuazione di volta in volta dei dati riservati da mascherare sia con riferimento ai documenti della società sia a quelli delle controllate non consente di accogliere l'istanza *ex* art. 614-*bis* c.p.c.

**(*omissis*).**

# Sull'esercizio del controllo individuale del socio di S.r.l. *ex* art. 2476, comma 2, c.c., in una prospettiva di gruppo

*di Elisabetta Codazzi (*)*

Il Tribunale, confermando alcuni precedenti della giurisprudenza di merito in tal senso, riconosce il diritto dei soci non amministratori di S.r.l. controllante *ex* art. 2476, comma 2, c.c., di chiedere notizie e di consultare i documenti con riguardo alle società controllate pur nel rispetto delle esigenze di riservatezza e di concorrenzialità delle stesse. L'elaborazione di tale principio aggiunge un importante tassello alla disciplina sui gruppi di società, sotto il profilo del diritto di informazione dei soci.

*The Court, confirming some precedents of the relevant jurisprudence in this sense, recognizes the right of non-directors shareholders of s.r.l. parent company to request information and consult documents regarding subsidiaries pursuant to art. 2476, paragraph 2, of the Italian Civil Code, while respecting the requirements of confidentiality and competitiveness of the same. The development of this principle adds a piece to the discipline on groups of companies, in terms of the shareholders' right to information.*

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



## Premessa

La pronuncia in esame fornisce l'occasione per esaminare, nel particolare contesto dei gruppi societari, l'ambito di applicazione della previsione di cui all'art. 2476, comma 2, c.c., che, come noto, attribuisce ai soci non amministratori di S.r.l. il diritto di avere dall'organo amministrativo "notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i documenti sociali ed i documenti relativi all'amministrazione" (1).

Tale previsione, riconducibile al principio di legge delega volto ad affermare la "rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra soci" (*ex* art. 3, comma 1, lett. a, L. n. 366/2001), è, come noto, una delle disposizioni che maggiormente connotano il tipo S.r.l. in senso "personalistico", segnando pertanto un distacco significativo dal modello capitalistico puro (basato, invece, su una netta distinzione di competenze tra organi sociali e quindi su una limitazione delle informazioni spettanti ai soci sulla gestione sociale) (2).

Proprio in quanto correlato a specifiche caratteristiche del tipo, il diritto di controllo individuale è indisponibile dalla maggioranza ed ineliminabile, essendo il suo esercizio garantito sia in presenza del collegio sindacale (che, come noto, è obbligatorio solo nei casi di cui all'art. 2477, comma 2, c.c.), sia, a maggior ragione, in sua assenza (3).

Da un punto di vista sistematico, il riconoscimento del diritto individuale di controllo nei termini di cui all'art. 2476, comma 2, c.c., da un lato, trova corrispondenza nella previsione che legittima ciascun socio a promuovere l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori e a chiederne la revoca in presenza di gravi irregolarità di gestione (comma 3), e, dall'altro lato, si pone come contrappeso rispetto alla tendenziale facoltatività della nomina dell'organo di controllo interno, nonché alla mancata o incerta possibilità di ricorrere al controllo giudiziario di cui all'art. 2409 c.c. (perlomeno fino all'intervento chiarificatore del legislatore *ex* D.Lgs. n. 14/2019, che, riformulando l'art. 2477, ult. comma, c.c., ne ha sancito espressamente l'applicabilità) (4).

La previsione di un diritto di controllo di tale ampiezza da parte dell'art. 2476, comma, 2, c.c. (accentuata dalla genericità di termini, quali "affari sociali" o "documenti relativi all'amministrazione") ha posto sin dalla sua introduzione, come naturale, alcune delicate problematiche sul terreno applicativo, stante il delicato bilanciamento che gli amministratori sono tenuti ad effettuare tra le legittime

(1) Per un approfondimento sul tema, si rinvia, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a I. Capelli, *Il controllo dei soci*, in AA.VV., *Trattato delle società*, diretto da V. Donativi, Milano, 2022, 3, 591 ss.; Ead., *Il controllo individuale del socio di s.r.l., Il modello legale*, Milano, 2017, *passim*; R. Guidotti, *I diritti di informazione e di consultazione del socio*, in AA.VV., *La* governance *delle società a responsabilità limitata*, Padova, 2018, 373 ss.; G.M. Buta, *I diritti di controllo del socio di s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *G.F. Campobasso*, III, Torino, 2007, 583 ss.; N. Abriani, *Controllo individuale del socio e autonomia contrattuale nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 158 ss.; E. Fregonara, *I nuovi poteri di controllo del socio di società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 788 ss.; G. Zanarone, *Della società a responsabilità limitata*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, 2, Milano, 2010, 1106 ss., *sub* art. 2476.

(2) Non a caso, per evidenziare tale aspetto, si è parlato di "privatizzazione del controllo" (così, M. Rescigno, *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, a cura di S. Patriarca - P. Benazzo - G. Presti, Milano, 2003, 49) o di "internalizzazione" del controllo (M. Cian, *La s.r.l.: la struttura organizzativa*, in AA.VV., *Manuale di diritto commerciale*, a cura di Cian, Torino, 2019, 606). Sui caratteri "personalistici" della nuova S.r.l., per tutti G. Zanarone, *La nuova s.r.l. fra società di persone e società di capitali*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario. Atti del Convegno di Courmayeur (27 e 28 settembre 2002)*, 232 ss.; Id., *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. Società*, 2003, 58 ss. Più in generale, sul "tipo" S.r.l., M. Cian, Il *tipo s.r.l.*, in AA.VV., *Trattato delle società*, diretto da V. Donativi, Milano, 2022, 3, 45 ss.

(3) La precedente versione della norma sul controllo individuale del socio (art. 2489, ult. comma, c.c.) stabiliva la nullità dei patti in deroga ai diritti di controllo del socio di S.r.l. Pur non essendo stata tale disposizione riprodotta, si ritiene che la previsione di cui all'art. 2476, comma 2, c.c., sia inderogabile, laddove gli statuti possono intervenire per regolarne le modalità di esercizio (sulla questione della derogabilità della norma, vedi P. Benazzo, *I controlli nelle società a responsabilità limitata: singolarità del tipo e omogeneità della funzione?* in *Riv. Società*, 2010, 18 ss.; N. Abriani, *Controllo individuale*, cit., 158 ss.; V. Sangiovanni, *Diritto di controllo del socio di s.r.l. e autonomia statutaria*, in *Notariato*, 2008, 671 ss.; E. Codazzi, *Il controllo dei soci di s.r.l.: considerazioni sull'inderogabilità dell'art. 2476, 2° comma*, nota a Trib. Milano 30 novembre 2004, in *Giur. comm.*, 2006, II, 682 ss.).

(4) Connettono l'inderogabilità della norma all'esercizio dell'azione di responsabilità, O. Cagnasso, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario,* diretto da G. Cottino - G. Bonfante - O. Cagnasso - P. Montalenti, Torino, 2004, *sub* art. 2476, 1877, 1883; G. Laurini, *Manuale breve della s.r.l. e delle operazioni straordinarie*, Padova, 2004, 102. Sulla questione dell'applicabilità della disciplina di cui all'art. 2409 c.c. alla S.r.l., tra gli altri, V. Salafia, *La società r.l. e l'art. 2409*, in questa *Rivista*, 2019, 457 ss.; E. Pederzini, *I controlli. Sindaco e revisore tra imperatività e facoltatività*, in AA.VV., *La* governance, cit., 355 ss.; G. Presti, *La s.r.l. e la scomparsa dell'art. 2409: la difficile elaborazione del lutto*, in AA.VV., *Il diritto societario oggi. Innovazioni e persistenze, Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, Torino, 2011, 417 ss. In particolare, ne sottolinea la funzione di "unico adeguato contrappeso" sia rispetto all'eliminazione della obbligatorietà nella S.r.l. dell'organo di controllo interno (salvo limitatissime eccezioni) sia rispetto alla mancata previsione dei rimedi di cui agli artt. 2408, 2409 c.c., Trib. Napoli, Sez. impr., 31 luglio 2018, in questa *Rivista*, 2019, 691 ss., con commento di G.R. Mele, *Il diritto di controllo del socio di s.r.l.: dalla buona fede alle esigenze meritevoli di tutela.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



richieste dei soci e le altrettanto legittime esigenze di riservatezza della società.
Una delle questioni emerse dalla casistica più recente è appunto quella, rilevante nel caso di specie, relativa alla possibilità di estendere l'esercizio dei diritti di informazione e di consultazione del socio di S.r.l. *holding* anche agli "affari sociali" e alla documentazione delle società da essa controllate.

## La vicenda

Il caso sottoposto alla sezione specializzata del Tribunale di Milano prende avvio dal ricorso presentato *ex* artt. 700 c.p.c. e 2476, comma 2, c.c., dal socio di minoranza di una S.r.l. (titolare del 40% del capitale sociale), con cui questi chiedeva di ordinare alla società di rendergli "complete informazioni sull'andamento dei propri affari sociali e delle società controllate, direttamente e indirettamente, dalla resistente (...) e di consentirgli, anche tramite persona di sua fiducia, di accedere ed esaminare, con facoltà di estrarne copia, i libri sociali e tutta la documentazione contrattuale, amministrativa, contabile e fiscale della resistente e delle società controllate (...)", compresa quella attestante il rinnovo dei marchi e dei brevetti.
Il ricorso era fondato, sotto il profilo del *fumus boni iuris*, sul diritto di accesso e di esibizione *ex* art. 2476, comma 2, c.c., spettante al ricorrente in qualità di socio di minoranza non partecipante né all'amministrazione della società né a quella delle sue controllate e, sotto il profilo del *periculum in mora*, sul fatto di avere questi già infruttuosamente tentato, in più occasioni, di chiedere tali informazioni e documenti, ottenendo sempre un rifiuto da parte dell'amministratore.
La società, nel costituirsi, faceva presente di aver già provveduto a soddisfare le richieste del socio nei limiti di quanto possibile, considerato il "rapporto diretto e rilevante di concorrenza" tra essa (nonché, in particolare, una delle sue controllate) e altra società, di cui il socio ricorrente era presidente e la figlia di lui socia di maggioranza.

A fronte di tali contrapposte istanze delle parti, il Tribunale precisava innanzitutto l'esistenza di alcuni punti fermi in fatto, ovvero:
- la società in questione è una *holding* e controlla, attraverso una catena societaria, altre società (in modo diretto e indiretto);
- pacificamente esiste un rapporto di concorrenza tra l'attività del gruppo e la *start up* innovativa che fa riferimento al socio ricorrente e alla figlia;
- non è dubbio che il ricorrente rivesta la qualifica di socio di minoranza della S.r.l.

Pertanto, come del resto ammesso anche dalla stessa società, non sarebbe in discussione la legittimazione del socio, titolare di una partecipazione di minoranza nella S.r.l., all'esercizio dei diritti di cui all'art. 2476, comma 2, c.c., bensì l'ampiezza del diritto di informazione ad egli spettante sugli affari, sui libri sociali e sui documenti della controllata, considerato anche il rapporto di concorrenza sussistente tra questi, la *holding* e le sue controllate, che impedirebbe la divulgazione di una serie di dati sensibili (di carattere commerciale e relativi alla catena produttiva) e quindi renderebbe le esigenze di riservatezza manifestate dalla società non pretestuose (5).
Alla luce di tali precisazioni, il Tribunale esamina separatamente i diversi profili rilevanti ai fini della decisione, partendo da una preliminare ricostruzione del diritto di controllo del socio *ex* art. 2476, comma 2, c.c., e dall'individuazione dei limiti al suo esercizio, per poi passare a considerare la sua possibile estensione nei confronti delle società controllate.

## Il controllo individuale del socio di cui all'art. 2476, comma 2, c.c., e il suo ambito applicativo

Nel prendere in considerazione il controllo individuale del socio di cui all'art. 2476, comma 2, c.c., il Tribunale, aderendo all'opinione che parrebbe prevalente in giurisprudenza, ne precisa innanzitutto la natura di diritto potestativo "non subordinato ad alcuna dimostrazione di specifico interesse da parte del socio" (6).

(5) Tale rapporto di concorrenza sarebbe dimostrato, in particolare, sia dai settori merceologici in cui operano le due società controllate sia dal fatto che i relativi prodotti sono oggetto di brevetti differenti.

(6) Nello stesso senso, Trib. Roma, Sez. impr., 17 ottobre 2020, in *One LEGALE https://onelegale.wolterskluwer.it/*, il quale precisa come il socio non debba indicare o dimostrare l'utilità della documentazione cui intende accedere rispetto ad uno specifico interesse; Trib. Roma, Sez. impr., 27 luglio 2020, in *Giur. it.*, 2021, 1668 ss.; Trib. Milano, Sez. impr., 19 gennaio 2017, in questa *Rivista*, 2017, 966 ss.; Trib. Milano, Sez. impr., 27 febbraio 2017, in *DeJure*. Tra le pronunce che, invece, richiedono al socio di dimostrare uno specifico ed attuale interesse alla consultazione, Trib. Milano, Sez. impr. B, 20 luglio 2017, in questa *Rivista*, 2017, 1333 ss. ma anche Trib. Milano, Sez. impr. B, 29 settembre 2020, *ivi*, 2021, 1398 ss., con nota di F. Foggetta, *L'interesse all'esercizio del diritto di controllo nella S.r.l., fra recesso, concorrenza e autodelimitazione*. In senso critico, rispetto alla configurazione del controllo individuale in termini di diritto potestativo, R. Guidotti, *I diritti*, cit., 378.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



In altri termini, secondo tale impostazione, la legittimazione all'esercizio del diritto di controllo individuale sarebbe *in re ipsa* nel fatto di rivestire la qualità di socio non amministratore (pur non mancando alcuni casi dubbi, tra cui, ad esempio, quello del socio titolare di "particolari" diritti amministrativi *ex* art. 2468, comma 3, c.c., o di esercizio da parte dello stesso di funzioni amministrative di fatto) (7).
Tale potere di controllo, chiarisce il Tribunale, si esplica in due direzioni: "una di informazione attraverso l'acquisizione di notizie dall'amministratore sullo svolgimento degli affari sociali e l'altra di consultazione della documentazione sociale".
Sia nell'uno che nell'altro caso, l'oggetto del controllo del socio ha un ampio spettro "non ravvisandosi nella norma alcuna limitazione se non che l'esercizio del diritto deve uniformarsi al rispetto dei principi di buona fede e correttezza, con la conseguenza che esso va concordato nelle sue modalità di svolgimento tra socio e organo amministrativo" (8).
Vi sarebbe, infatti, una "necessaria coincidenza" tra i poteri di controllo che spettano al collegio sindacale di una S.p.a. e il controllo dei soci non amministratori di S.r.l., sicché il perimetro del potere di indagine conoscitiva di questi ultimi avrebbe ad oggetto "tutti i documenti e le informazioni di cui l'organo amministrativo dispone per una corretta gestione della società" (9).
Più precisamente, il potere di ispezione del socio di S.r.l. sui "documenti relativi all'amministrazione della società" sarebbe comprensivo "di tutta la documentazione ragionevolmente necessaria ovvero in concreto esaminata/utilizzata dall'organo amministrativo per l'esercizio delle proprie funzioni e conseguentemente da reputarsi nella materiale disponibilità giuridica della stessa" (10).
Alla luce della rinvenuta corrispondenza tra i poteri di controllo del socio non amministratore di S.r.l. e quelli del collegio sindacale di S.p.a., il Tribunale richiama l'art. 2403-*bis*, comma 2, c.c., norma che consente al collegio sindacale di chiedere agli amministratori notizie anche con riguardo a società controllate "sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari", nonché di scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle controllate "in merito ai sistemi di amministrazione e controllo ed all'andamento generale dell'attività sociale": vi sarebbe però - sottolinea lo stesso Tribunale - la differenza non trascurabile per cui, mentre i sindaci, in base all'art. 2407, comma 2, c.c., sono tenuti a conservare il segreto su fatti e documenti di cui hanno conoscenza in ragione del loro ufficio, alcun obbligo a riguardo sussisterebbe in capo ai soci di S.r.l.

## Il controllo individuale del socio di S.r.l. *ex* art. 2476, comma 2, sulle società controllate: gli orientamenti della giurisprudenza

Il secondo profilo rilevante nel caso in esame è quello relativo alla possibilità di estendere il diritto di controllo del socio di S.r.l. sulle società dalla stessa controllate.
Come sottolinea la dottrina che più di recente ha avuto modo di approfondire tale problematica, valgono limiti diversi a seconda che si consideri il diritto del socio di avere notizie sugli affari sociali della controllata o quello di consultarne la documentazione (11).
Sotto il primo profilo, si deve, infatti, ritenere che l'interesse del socio per gli "affari sociali" si possa

(7) In giurisprudenza diversi sono i casi controversi in merito al riconoscimento della legittimazione all'esercizio del diritto di controllo di cui all'art. 2476, comma, 2, c.c.: sul caso del socio moroso, Cass. Civ. 21 gennaio 2020, n. 1185, in questa *Rivista*, 2021, 31 ss.; con riguardo al socio che ha esercitato il recesso, Trib. Milano, Sez. impr. B, 29 settembre 2020, cit.; per l'ipotesi di trasferimento delle partecipazioni sociali, Trib. Milano, Sez. impr. B, 5 dicembre 2017, in questa *Rivista*, 2018, 846 ss., con commento di M.P. Ferrari; sul diritto del socio di S.r.l. in liquidazione di consultare i libri sociali e i documenti relativi all'amministrazione, Trib. Torino, Sez. impr., 29 aprile 2021, in *Foro it.*, 2021, 10, I, 3340. In dottrina, sulla legittimazione all'esercizio del controllo, si veda, anche per ulteriori riferimenti dottrinali, I. Capelli, *Il controllo dei soci*, cit., 596 ss.

(8) Nello stesso senso, anche Trib. Roma, Sez. impr., 17 ottobre 2020, cit., il quale sottolinea come, in base ai doveri di correttezza e di buona fede, i soci non possano esercitare i propri diritti di controllo "con modalità tali da recare intralcio alla gestione societaria ovvero da svantaggiare la società nei rapporti con imprese concorrenti: una scelta puramente emulativa o vessatoria o antisociale di tempi e modi dei diritti di controllo farebbe, infatti, esorbitare questi ultimi dallo scopo per cui sono stati concessi dall'ordinamento ai soci stessi"; vedi anche Trib. Bologna, Sez. impr., 18 giugno 2020, in *DeJure*; Trib. Torino, Sez. impr., 3 luglio 2015, in *Giur. it.*, 2016, 119 ss., con nota di A. Bertolotti, *I diritti dei soci* ex *art. 2476, 2° comma: qualche ulteriore considerazione sul tema*; Trib. Catania 3 marzo 2006, in *Giur. comm.*, 2007, II, 920 ss.

(9) Trib. Milano, Sez. impr., 27 settembre 2017, in questa *Rivista*, 2018, 41 ss., con commento di M.P. Ferrari, e in *Giur. it.*, 2018, 118 ss., con nota di O. Cagnasso, *Diritti di controllo dei soci di s.r.l. e società partecipate*.

(10) Negli stessi termini, Trib. Milano, Sez. impr., 27 settembre 2017, cit.

(11) In dottrina, sul riconoscimento di tale diritto, M. Miola, *La s.r.l. di gruppo*, in *Le società a responsabilità limitata*, a cura di C. Ibba - G. Marasà, Milano, 2020, 2292 ss.; I. Capelli, *Il controllo dei soci*, cit., 606 s.; Ead, *Il controllo individuale*, cit., 145; O. Cagnasso, *Diritti di controllo*, cit., 120; G.M. Buta, *op. cit.*, 603 ss. *contra*, M. Ricci, *I controlli individuali del socio non amministratore di società a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 111 ss., 121, ritenendo che, stante l'assenza per i soci della prerogativa attribuita in tal senso ai sindaci dall'art. 2403-*bis*, comma 2, c.c., la richiesta di informazioni da parte degli stessi non possa estendersi anche a vicende riguardanti società controllate. Vedi anche N. Abriani, *Decisioni dei soci. Amministrazione e controlli*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2008, 328, il quale sottolinea come l'art. 2403-*bis* c.c., applicabile anche alla S.r.l. (ai sensi del richiamo dell'art. 2477 c.c.), attribuisce soltanto ai sindaci il potere-dovere di richiedere notizie sull'andamento delle operazioni della

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



estendere anche alle informazioni su società terze, tra cui la controllante o le controllate (come sembrerebbe, del resto, confermare anche l'art. 2428 c.c., richiamato dall'art. 2478-*bis* c.c., che include nella relazione sulla gestione anche ai "rapporti con le imprese controllate, collegate, controllanti e imprese sottoposte al controllo di queste ultime" (12)). In tale prospettiva, il socio sarebbe legittimato a chiedere agli amministratori informazioni, non solo in merito ai rapporti della società con le controllanti o controllate, ma anche su tutte quelle circostanze relative alla gestione di queste ultime che possono incidere sull'andamento della stessa società cui il socio appartiene (13).

Per quanto riguarda invece la consultazione di documenti relativi all'amministrazione di società terze, varrebbero considerazioni diverse, non potendo il socio accedere direttamente alla documentazione di queste ultime, né pretendere che gli amministratori della propria società ne possano disporre (14).

Su tali questioni si è espressa la giurisprudenza di merito, evidenziando diversi orientamenti.

Secondo un indirizzo che al momento parrebbe minoritario, la pretesa del socio di chiedere informazioni in merito alle società controllate e di accedere alla relativa documentazione comporterebbe un'impropria ed ingiustificata estensione del diritto di cui all'art. 2476, comma 2, c.c., sia perché mancherebbe quell'apprezzabile interesse economico che è invece alla base del diritto individuale di controllo del socio nei confronti della società, sia perché ne discenderebbe una situazione (per alcuni versi paradossale) per cui il socio di una società controllante disporrebbe di informazioni sulla controllata che ai soci di quest'ultima sarebbero precluse (15).

Secondo un diverso orientamento, che parrebbe accolto dalla giurisprudenza maggioritaria, il socio di S.r.l. sarebbe invece legittimato a richiedere informazioni su società terze, tra cui le controllanti e le controllate, nonché sui rapporti giuridici e commerciali intercorrenti tra costoro (salvo quelle solo indirettamente controllate, soprattutto ove si tratti di S.p.a., per le quale è escluso analogo potere da parte degli azionisti "diretti") (16).

In particolare, la posizione del socio non amministratore di S.r.l. sarebbe equiparabile a quella di amministratore della *holding* e nella stessa misura si estenderebbe il diritto di informazione e di consultazione sui documenti delle società controllate (17).

Tuttavia, la stessa giurisprudenza, nel riconoscere tale potere di controllo in capo al socio di S.r.l., evidenzia la necessità di tener conto di alcuni limiti, sottolineando in diverse pronunce come l'esercizio di tale diritto non debba ingiustificatamente avvantaggiare il socio della S.r.l. *holding* rispetto ai soci della controllata, specie nell'ipotesi in cui essa sia una S.p.a. e perciò i suoi soci non dispongano delle stesse prerogative (18).

Emerge inoltre dalla casistica la tendenza a scomporre l'unitario potere di controllo di cui all'art. 2476, comma 2, c.c., nel diritto di informazione e in quello di consultazione, ammettendo, in un caso, che il socio della controllante possa chiedere agli amministratori notizie circa la gestione della società controllata (specialmente se il valore delle partecipazioni

società o su determinati affari riguardanti le società controllate, ma non si esprime in merito alla possibilità che un analogo potere possa ritenersi sussistente anche in capo ai soci.

(12) Valorizza tale disposizione per ammettere un diritto di informazione del socio in merito ai rapporti con imprese controllate, collegate controllanti e imprese sottoposte al controllo di queste ultime, G. Zanarone, *Della società a responsabilità limitata*, cit., 1110, nt. 166. Ritengono che in questa norma trovi fondamento il diritto di controllo del socio sulle controllate, anche I. Capelli, *Il controllo individuale*, 145 ss.; M. Miola, *op. cit.* 2294.

(13) Così, I. Capelli, *Il controllo individuale*, cit., 145 ss., precisando come possano assumere rilevanza le notizie circa la gestione della società controllata (specialmente se il valore delle partecipazioni nella stessa sia in grado di modificare sensibilmente il patrimonio della società), ovvero, le notizie relative alla situazione e alle prospettive della controllante quando siano capaci di influenzare le condizioni della società (p. 148).

(14) I. Capelli, *Il controllo individuale*, cit., 148.

(15) Trib. Milano, Sez. impr., 7 giugno 2017, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Bari, Sez. impr., 24 maggio 2013, in *www.ildirittodegliaffari.it*.

(16) Trib. Roma, Sez. impr., 17 ottobre 2020, cit., precisando come nella nozione di "affari sociali" rientrino anche le informazioni relative a società terze, come le controllanti o le controllate; Trib. Milano, Sez. impr., 27 settembre 2017, cit.; Trib. Torino, Sez. impr., 5 marzo 2019, in *Foro it.*, 2019, I, 2194.

(17) Trib. Milano, Sez. impr., 27 settembre 2017, cit. ("In estrema sintesi (e a fugare ogni possibile equivoco) può dunque dirsi che la posizione del socio non amministratore di una S.r.l. in posizione di controllo su altre società deve essere ai presenti fini confrontata e parametrata non già con la posizione e i poteri dei soci o azionisti delle società partecipate ma piuttosto con quelli degli amministratori della controllante"); Trib. Torino, Sez. impr., 20 febbraio 2019, cit., in cui si precisa che il diritto di controllo non può essere però esercitato in via diretta presso la controllate, non sussistendo lo *status socii*.

(18) In particolare, potrebbe derivarne un "ingiustificato vantaggio ai soci della controllante" quando si consentisse loro "l'accesso ai documenti della controllata, rispetto ai soci della controllata stessa, che non abbiano, per il tipo sociale della stessa, un altrettanto ampio diritto conoscitivo"; o anche quando "la controllata sia una S.r.l., di assicurare ai soci della controllante l'accesso ai documenti di ambedue le società, precluso ai soci della controllata che possono accedere solo ai documenti della propria partecipata". Questo profilo è evidenziato anche da Trib. Roma, Sez. impr., 17 ottobre 2020, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



nella controllata sia in grado di modificare sensibilmente il patrimonio della società) ed escludendo, nell'altro, che egli possa avere un accesso diretto ai relativi documenti sociali (19).

Precisato ciò, le posizioni si diversificano per quanto riguarda la possibilità che il socio, non potendo consultare direttamente i documenti della controllata, possa chiedere un intervento della società e dei suoi amministratori: secondo una parte della giurisprudenza, la società non sarebbe tenuta a reperire ulteriore documentazione presso le società controllate, posto che l'art. 2476, comma 2, c.c., le imporrebbe solo di mettere a disposizione dei soci la documentazione in suo possesso, senza la necessità di compiere ulteriori attività (20); secondo altra parte, invece, il socio potrebbe sollecitare i propri amministratori ad esercitare essi stessi il controllo su tali documenti (per conto della S.r.l. che è socia di controllo) (21).

Una recente pronuncia del Tribunale di Venezia conferma quest'ultima impostazione, precisando, da un lato, che il socio di una società controllante non può di per ciò solo accedere direttamente alla documentazione della società controllata o assoggettata alla sua direzione e coordinamento (22).

Ma, dall'altro lato - sottolinea - la documentazione relativa alla controllata o ai rapporti tra essa e la controllante attiene alla amministrazione della società e pertanto rientra nell'ambito dell'art. 2476, comma 2, c.c. (23). Di conseguenza, poiché il diritto di accesso del socio si estende anche a quella documentazione della controllata che non si trovi concretamente nella disponibilità attuale e diretta della controllante, ma che gli amministratori hanno avuto a disposizione per l'esercizio della loro attività, essi dovranno rendersi "parte diligente presso il terzo per riottenere la disponibilità di tali documenti ed esibirli ai propri soci" (24).

## L'ordinanza del Tribunale di Milano

Nel solco dell'orientamento più estensivo della giurisprudenza, si colloca la pronuncia in esame, precisando innanzitutto che, con riferimento ad un'ipotesi quale quella di specie, in cui la S.r.l. è una *holding*, "non può affermarsi in via astratta e generale la sussistenza di un potere del socio di esaminare indifferentemente e direttamente ogni documento della partecipata, ma non può per converso negarsi in radice la possibilità di avere specifiche informazioni sulle partecipate", proprio perché, se si negasse tale facoltà "si avrebbe come risultato lo svuotamento del diritto *ex* art. 2476, comma 2, c.c., ogni volta in cui la società abbia come attività soltanto quella 'statica' di gestione di partecipazioni".

Rifacendosi all'equiparazione - più volte richiamata dalla giurisprudenza precedente - tra il socio non amministratore di S.r.l. e l'amministratore della *holding*, il Tribunale perciò specifica che "le informazioni e i documenti di cui l'amministratore deve ritenersi debba disporre per adempiere all'obbligazione, su di lui gravante, di agire in modo informato possono essere oggetto di indagine del socio *ex* art. 2476 co.2 c.c. anche se inerenti le partecipate".

(19) Su questo profilo si esprime anche Trib. Roma, Sez. impr., 17 ottobre 2020, cit., sottolineando come il socio non possa esercitare il diritto di consultazione sui documenti delle controllate tramite accesso diretto all'intera documentazione della controllata, creandosi altrimenti una disparità di trattamento con i soci della (S.p.a.) controllata. Del resto, il legislatore, specifica il tribunale romano, quando ha voluto estendere i poteri di ispezione da parte degli organi della controllante sulle società controllate, lo ha espressamente statuito, come nel caso di cui all'art. 2403-*bis* c.c., ai sensi del quale il collegio sindacale può chiedere agli amministratori notizie, anche con riferimento a società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari.

(20) Trib. Torino, Sez. impr., 5 marzo 2019, cit.; Trib. Torino, Sez. impr., 20 febbraio 2019, cit., il quale, dopo aver sottolineato come il socio della S.r.l. *holding* non operativa abbia il diritto di essere informato dagli amministratori della controllante di cui è socio anche su cosa succeda "a valle", nelle società controllate (la cui gestione coincide con l'attività specifica della capogruppo), precisa che nella nozione di "notizie sullo svolgimento degli affari sociali" vi rientrano solamente informazioni tratte da elementi già costituiti e non già documenti costituendi che implichino attività di valutazione o anche di sola elaborazione di dati. Così, si deve ritenere che "di norma, la sua conoscenza non si spinga/debba spingersi a dati che riguardano la minuta operatività ordinaria delle società sottoposte a controllo/coordinamento". Nello stesso senso, Trib. Milano 19 gennaio 2017, cit.

(21) Trib. Roma, Sez. impr., 17 ottobre 2020, cit., precisando che il socio della controllante "potrà compulsare l'amministratore della predetta al fine di esercitare egli stesso, quale legale rappresentante della controllante medesima, i diritti di controllo nella sua qualità di socia della società controllata".

(22) Trib. Venezia 19 settembre 2020, in *Giur. comm.*, 2021, II, 1154 ss., con nota di S. Ciceri, *Il diritto di accesso del socio della s.r.l. controllante alle informazioni delle società controllate*, il quale precisa che "nessuna norma prevede che il socio di una società che ne controlli un'altra, o che eserciti su questa l'attività di direzione e di coordinamento, possa per il solo fatto del rapporto di controllo o direzione/coordinamento accedere anche alla documentazione della controllata o diretta/coordinata. L'accesso alla documentazione previsto per le s.r.l. ha carattere tipico, e attiene alla documentazione amministrativa e sociale della s.r.l.".

(23) Sottolinea lo stesso Trib. Venezia 19 settembre 2020, cit.: "poiché il diritto di accesso ha ad oggetto quanto attiene alla amministrazione della società, nell'ambito dell'art. 2476 comma 2 c.c. rientra anche quella documentazione, attinente alla, o propria della controllata, oppure attinente ai rapporti fra le due, che si trovi presso la s.r.l. controllante o che sia nella sua disponibilità: deve presumersi, per tale presenza o disponibilità presso la controllante, che tale documentazione sia essenziale alla gestione dei rapporti della prima con la seconda, e quindi, per quel che rileva *ex* art. 2476 c.c., alla gestione della s.r.l.".

(24) Trib. Venezia 19 settembre 2020, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



Si tratterebbe perciò di verificare di quali informazioni, nel caso specifico, l'amministratore della *holding* debba disporre e di quale documentazione debba avere conoscenza per una gestione corretta e diligente della S.r.l.

A tal riguardo, numerose sarebbero, ad avviso del Tribunale, le indicazioni provenienti dal codice civile in merito a consistenza e ampiezza del flusso di informazioni tra controllante e controllate, tra cui, in particolare: l'art. 2381, comma 5, c.c., secondo il quale gli organi delegati riferiscono almeno ogni sei mesi al collegio sindacale anche sulle operazioni di maggior rilievo effettuate dalle controllate; l'art. 2426, n. 3), c.c., sulla valutazione nello stato patrimoniale delle immobilizzazioni finanziarie rappresentate dalle controllate da condurre secondo il principio OIC 21 (valutazione che implica l'accesso dell'amministratore ad una serie di informazioni sulla partecipata, soprattutto sullo stato patrimoniale); l'art. 2425 C) 15 e 17 sui proventi dalle partecipazioni, interessi e altri oneri finanziari; l'art. 2427, n. 5), c.c.; l'art. 2428, comma 1, c.c., nella parte in cui dispone che l'amministratore nella relazione sulla gestione deve rendere l'analisi della situazione della società e dei risultati della gestione nel complesso e nei vari settori in cui opera anche attraverso le controllate e il comma 3, n. 2), il quale specifica che dalla relazione sulla gestione deve risultare il rapporto con le controllate (25).

Il corretto svolgimento della gestione dell'impresa implica perciò la conoscenza da parte dell'amministratore dei dati contabili delle partecipate che hanno generato valutazioni patrimoniali ed economiche di bilancio della *holding*.

Di conseguenza, conclude il Tribunale, in considerazione: a) dell'ampiezza del flusso informativo sulla controllata di cui dispone l'amministratore della controllante e che deve garantire all'organo di controllo; b) del potere-dovere dell'amministratore di porre limitazioni alla diffusione di notizie riservate per non cagionare pregiudizi alla società amministrata e di cui andrebbe responsabile, soprattutto in un contesto di concorrenza diretta tra l'attività o sfera di interesse del socio e della società; c) del fatto che il socio della controllante non è socio della controllata e non può avere totale e pieno accesso ai dati della stessa, come se ne fosse socio, il ricorrente deve avere dagli amministratori informazioni sull'andamento dell'attività della controllata, sulla sua situazione patrimoniale, sui risultati di gestione e sugli specifici affari, con facoltà di esaminare i bilanci e le verifiche periodiche di bilancio, i registri fiscali e i libri contabili obbligatori, il tutto anche per il tramite di un professionista di fiducia del ricorrente, con facoltà di estrarre copia della documentazione a spese dello stesso, presso la sede della società o il luogo in cui libri sociali e documenti sono custoditi. Per non svuotare di contenuto la disposizione- aggiunge- le informazioni debbono essere accompagnate dai documenti che ne sono la fonte.

In realtà, sebbene, sotto il profilo della delimitazione dei poteri di controllo del socio non amministratore, appaia poco utile, se non addirittura fuorviante, l'equiparazione- che ritroviamo spesso nella casistica e che viene riproposta nella presente ordinanza- tra la sua posizione e quella degli organi sociali, alcuni spunti, al fine di modulare la qualità e la quantità delle informazioni cui i soci possono avere accesso, potrebbero provenire dalle previsioni - incidentalmente richiamate anche dal Tribunale - di cui agli artt. 2381, comma 6, e 2403-*bis*, c.c., applicabili, per rinvio, anche alla S.r.l. (26).

L'art. 2475, ult. comma, c.c. (così come riformulato *ex* art. 377, comma 5, CCII), estende alla S.r.l. la disciplina di cui all'art. 2381 c.c. ("in quanto compatibile"), rendendo perciò applicabile anche quella previsione di cui al comma 5, che impone agli amministratori delegati di riferire al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi "sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate", ferma restando la facoltà degli amministratori non delegati di chiedere informazioni aggiuntive in coerenza con il generale diritto-dovere di agire informati (comma 6) (27).

(25) In tal senso, anche Trib. Roma, Sez. impr., 17 ottobre 2020, cit., specificando come il socio abbia diritto ad avere tutte le informazioni previste dall'art. 2428 c.c., relative anche ai rapporti con le imprese controllate, controllanti e sottoposte al controllo di queste ultime, laddove limiti debbono essere posti al diritto di consultazione.

(26) Basti pensare al fatto che l'esercizio del controllo di cui all'art. 2476, comma 2, c.c., è tendenzialmente correlato ad un interesse dello stesso socio e non assume alcuna valenza - per così dire - "metaindividuale" (vedi N. Abriani, *op. cit.*, 169 ss.), laddove gli organi sociali sono titolari di una vera e propria "funzione", cui sono correlate delle specifiche forme di responsabilità (così, ad esempio, i sindaci rispondono per mancata conservazione del segreto sociale di cui all'art. 2407, comma 2, c.c., mentre gli amministratori di S.p.a. rispondono per violazione del divieto di concorrenza o di appropriazione di opportunità sociali ai sensi degli artt. 2390 e 2391, ult. comma, c.c.).

(27) Sulla amministrazione delegata nella S.r.l. prima dell'intervento del Codice della crisi, si veda per tutti A. Bartolacelli, *Struttura e funzionamento dell'organo amministrativo*, in AA.VV., *La* governance, cit., cap. 5, 206 ss.; e con riferimento all'attuale normativa, A.D. Scano, *Amministrazione e amministratori*, in *Trattato delle società*, cit., III, 510 s.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



Al di là della possibilità di configurare in concreto un'amministrazione delegata e quindi di rinvenire i presupposti per applicare la norma richiamata, pare che il riferimento alle "operazioni di maggior rilievo" possa rappresentare un'utile indicazione al fine di poter selezionare le informazioni della controllata di cui il socio non amministratore della S.r.l. controllante debba avere conoscenza (28).
L'ordinanza in esame, riconoscendo al socio il diritto di avere dagli amministratori notizie sull'andamento dell'attività della controllata, sulla situazione patrimoniale e sui risultati di gestione sembrerebbe rifarsi, nell'individuare le informazioni accessibili, ad un criterio sintetico, se non addirittura storico, rinviando, per quanto riguarda gli specifici affari, alla necessità di un bilanciamento tra l'interesse del socio alla conoscenza e l'interesse della società alla riservatezza e alla concorrenzialità, nei termini che si vedranno nel paragrafo seguente.

### (segue)

Se, alla luce di tali considerazioni, può quindi ricavarsi il principio generale che consente di estendere la portata del diritto di controllo del socio di S.r.l. di cui all'art. 2476, comma 2, anche alle società controllate, indipendentemente dal fatto che la stessa rivesta la posizione di *holding* o di mera controllante, si rende necessario individuarne i limiti e, in particolare, quelli che derivano dall'esigenza di tutelare i dati sociali in presenza di un conflitto concorrenziale tra il socio ricorrente e le controllate della società resistente (29).
A tal riguardo, chiarisce l'ordinanza, la presenza di specifici indici di conflitto concorrenziale (reale o potenziale) tra il socio ricorrente e la società resistente e/o le sue controllate- non è sufficiente ad elidere interamente il potere di controllo di quest'ultimo, escludendone la liceità, ma rende necessario tenerne conto al fine di stabilire le modalità del suo esercizio (30).
In particolare, il contrasto tra diritto di accesso del socio e le esigenze di riservatezza della società andrebbe risolto in base al principio di buona fede, la cui applicazione al rapporto sociale "comporta che il diritto alla consultazione della documentazione sociale e alla estrazione di copia possa trovare specifica limitazione attraverso l'accorgimento del mascheramento preventivo dei 'dati sensibili' presenti nella documentazione, quali, i dati relativi ai nominativi di clienti e fornitori (...)" (31).
Ciò porta il Tribunale a concludere che, pur considerandosi fondata l'esigenza di impedire l'esibizione di contratti aventi ad oggetto il rinnovo dei marchi e dei brevetti, va attribuita alla discrezionalità dell'organo amministrativo la facoltà di "mascherare", nell'ambito dei singoli contratti di cui il socio chieda la consultazione, i dati che ritiene sensibili in relazione all'attività di concorrenza; facoltà che viene concessa all'amministratore con riguardo ad ogni altra documentazione sociale e con il limite che il mascheramento non può comportare "l'oscuramento totale del contenuto".

### Alcuni rilievi conclusivi sull'esercizio del controllo individuale *ex* art. 2476, comma 2, in una prospettiva di gruppo

L'ordinanza in esame sembrerebbe presentare diversi profili di interesse, non solo in quanto conferma i precedenti giurisprudenziali in merito alla possibilità di estendere l'esercizio dei diritti di cui all'art. 2476, comma 2, c.c., da parte del socio di S.r.l. anche nei confronti delle società da essa controllate, ma anche perché, attraverso l'elaborazione di tali principi, contribuisce ad aggiungere un tassello alla disciplina dei gruppi di società, sotto il particolare profilo (non regolato a livello legislativo) dell'informazione dei soci (32).
Tale orientamento interpretativo risulta del resto sistematicamente coerente con la nuova formulazione

(28) Sembrerebbe coerente con tale indicazione anche quella giurisprudenza di merito che individua un limite al diritto di controllo del socio di S.r.l. *holding* nelle scelte di maggiore rilevanza delle società controllate, escludendo la minuta operatività ordinaria delle società sottoposte a controllo/coordinamento: così, Trib. Torino, Sez. impr., 20 febbraio 2019, in *Giur. comm.*, 2021, II, 619, ss., con nota di L. Orciani *Sul controllo individuale del socio non amministratore di s.r.l. nell'ambito dei gruppi societari* (il quale coglie lo spunto offerto dalla possibile estensione dell'art. 2381, comma 5, *ivi*, 214 ss.).

(29) Come chiarisce la casistica giurisprudenziale, l'esercizio del diritto di cui all'art. 2476, comma 2, c.c., diviene illegittimo quando il socio intende "fare un uso strumentale del suddetto diritto in ragione della sua qualifica di concorrente della società, e dunque per fini concorrenziali": così, Trib. Bologna 12 dicembre 2012, in questa *Rivista*, 2013, 207.

(30) Trib. Milano, Sez. impr. B, 29 settembre 2020, cit.; precisa però Trib. Bologna 12 dicembre 2012, cit., che il solo fatto di rivestire, oltre alla posizione di socio, anche la veste di concorrente, non è sufficiente a far presumere l'abusività della richiesta *ex* art. 2476, comma 2, c.c.; del pari, non è sufficiente a subordinare l'esercizio del diritto *ex* art. 2476, comma 2, c.c., al previo accordo sull'utilizzo a fini non concorrenziali delle informazioni.

(31) Cfr., ad esempio, sul cd. "mascheramento", Trib. Milano, Sez. impr., 29 settembre 2020, cit.; Trib. Milano, Sez. impr., 29 settembre 2015, in questa *Rivista*, 2016, 699 ss., con nota di E.E. Bonavera, *Tutela cautelare del diritto di controllo del socio di s.r.l.*.; Trib. Milano, Sez. impr., 13 aprile 2018, in *DeJure*; Trib. Milano, Sez. impr., 27 febbraio 2017, cit.; Trib. Milano, Sez. impr. B, 28 novembre 2016, in questa *Rivista*, 2017, 544 ss.; Trib. Milano, Sez. impr., 15 giugno 2015, in *Giur. it.*, 2015, 2145 ss.

(32) Se, come noto, sussistono alcuni frammenti legislativi in merito alla circolazione delle informazioni tra società del gruppo,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



dell'art. 2477, ult. comma, c.c., che, rendendo espressamente applicabile la disciplina di cui all'art. 2409 c.c., anche alla S.r.l, consente ai suoi soci di promuovere la denunzia all'autorità giudiziaria ove vi sia fondato sospetto che le gravi irregolarità amministrative possano arrecare danno, oltre che alla società, anche ad una o più controllate (comma 1) (33). E ciò in considerazione del fatto che il danno alle controllate potrebbe riflettersi sul patrimonio della controllante, nonché sul valore delle partecipazioni dei suoi soci (34).

In modo non dissimile, l'estensione del diritto *ex* art. 2476, comma 2, c.c., ai soci non amministratori della *holding* può valere come strumento di monitoraggio attraverso cui questi ultimi possono verificare come essa esercita i suoi poteri sulle controllate e, in particolare, se l'attività di direzione e coordinamento- ove sussistente- venga esercitata in modo conforme ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, così da prevenire il rischio di possibili responsabilità ai sensi dell'art. 2497, comma 1, c.c. (35).

A bene vedere, lo stesso principio che sta alla base del riconoscimento di un diritto di controllo del socio non amministratore nei confronti di società "terze" sembrerebbe premessa per poter estendere analoghe prerogative anche ai soci di minoranza di una S.r.l. controllata, che, in tal modo, avrebbero la possibilità di conoscere quelle operazioni della controllante che possono avere delle ricadute sulla stessa società o sulle proprie partecipazioni, nonché di avere una più puntuale informazione sulle modalità con cui è esercitata l'attività di direzione e coordinamento (al di là di quanto desumibile attraverso la motivazione delle decisioni di cui all'art. 2497-*ter* c.c.) (36).

Da ultimo ci si potrebbe chiedere se il pur condivisibile orientamento volto ad estendere nei confronti del socio della *holding* l'esercizio del diritto *ex* art. 2476, comma 2, non debba tener conto, specie con riguardo alla consultazione dei documenti delle società controllate, della presenza o meno dell'organo di controllo, non solo in quanto i sindaci possono in qualsiasi momento procedere, anche individualmente, ad atti di ispezione e controllo, chiedere agli amministratori e al collegio sindacale delle controllate informazioni *ex* art. 2403-*bis*, comma 1, c.c., ma soprattutto perché, come sottolineato incidentalmente dallo stesso Tribunale, a differenza dei soci, essi sono tenuti a rispondere in caso di violazione del dovere di conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio (art. 2407, comma 1, c.c.) (37).

La considerazione di tale aspetto, oltre ad essere più rispettosa della ripartizione di competenze tra organi sociali, potrebbe attenuare il rischio - evidenziato più volte dalla giurisprudenza - di una possibile disparità di trattamento, sotto il profilo delle informazioni acquisibili, tra soci di minoranza di S.r.l. controllante e soci di minoranza della controllata, specie se essa sia una S.p.a. e i suoi soci perciò non dispongano di poteri di controllo allo stesso modo penetranti.

---

tanto a livello di disciplina codicistica (artt. 2381, comma 5, 2403-*bis*, c.c.) quanto a livello di normativa settoriale (es. artt. 114, 149, 150 T.U.F., o 61, comma 4, T.U.B.), tanto da consentire di ipotizzare la sussistenza di un dovere-potere di informazione della capogruppo sulle controllate, funzionale all'esercizio della direzione unitaria (per un approfondimento si rinvia a V. Giorgi, *Libertà di informazione e dovere di riservatezza degli amministratori nei gruppi di società*, Torino, 2005, spec. 91 ss.; F. Bonelli, *Disciplina dei flussi informativi infragruppo nelle società quotate*, in *Giur. comm.*, 2002, 681 ss.; più di recente, M. Maugeri, *Gruppi di società e informazioni privilegiate*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 907 ss.), mancano invece disposizioni specificamente volte a riconoscere un diritto di informazione dei soci di minoranza sia delle controllate (fatta salva la previsione di cui all'art. 2497-*bis* c.c., sulla motivazione delle decisioni influenzate dalla altrui direzione e coordinamento) che delle controllanti. In particolare, trascurata è da parte del legislatore la considerazione dei soci della controllante e dei loro interessi (la stessa legge delega, nella previsione in materia di gruppi di cui all'art. 10, comma 1, lett. a), poneva quale criterio direttivo quello di "prevedere una disciplina del gruppo secondo princìpi di trasparenza e tale da assicurare che l'attività di direzione e di coordinamento contemperi adeguatamente l'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime"). Differentemente, nell'ordinamento tedesco, sia pure nella norma relativa al diritto di informazione degli azionisti, tale aspetto è considerato (cfr. par. 131.1. *AktG* secondo cui il diritto di informazione del socio si estende anche ai rapporti giuridici e commerciali della società con una società collegata; in base a par. 326 *AktG* ogni azionista della società principale deve ricevere informazioni su questioni relative alla società incorporata e alla società principale). Si veda più in generale V. Sangiovanni, *Il diritto di controllo del socio di s.r.l. a confronto con la disciplina tedesca*, in questa *Rivista*, 2007, 1543 ss.

(33) L'esigenza di rendere la tutela di cui all'art. 2409 c.c. sistematicamente coerente con l'azione di responsabilità di cui all'art. 2476, comma 3, c.c., suggerirebbe, secondo alcuni, l'idea che essa possa essere presentata da ciascun socio indipendentemente dalla partecipazione posseduta: così, tra gli altri, I. Demuro - A. Montanari, *L'organo di controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Trattato delle società*, cit., III, 697 ss.

(34) Così, tra gli altri, G. Romano, *Denunzia al tribunale*, in AA. VV., *Trattato delle società*, cit., II, 2179 ss., *ivi*, 2222.

(35) Del resto la stessa giurisprudenza ha chiarito come la direzione e coordinamento, in quanto attività gestoria, rientri nell'ambito del potere di controllo individuale del socio: cfr. Trib. Venezia 19 settembre 2020, cit.

(36) Uno spunto in questo senso potrebbe del resto provenire dall'art. 2497-*quater*, comma 1, lett. a), c.c., che legittima i soci di società diretta e coordinata ad esercitare il recesso ove la società che dirige e coordina abbia deliberato una trasformazione che implica "il mutamento del suo scopo sociale" ovvero una modifica del suo oggetto sociale "consentendo l'esercizio di attività che alterino in modo sensibile e diretto le condizioni economiche e patrimoniali della società soggetta ad attività di direzione e coordinamento".

(37) Del resto, il precedente art. 2489 c.c., sul controllo individuale del socio, era applicabile ove non fosse presente il collegio sindacale.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


## Risarcimento del danno da inadempimento

### Cassazione Civile, Sez. I, 5 maggio 2022, n. 14178 - Pres. C. De Chiara - Est. L. Nazzicone - Intesa Sanpaolo S.p.a. c. F.G. e F.S.

*Mercati finanziari - Intermediario - Risarcimento del danno da inadempimento - Liquidazione - Nesso di causalità - Restituzione degli strumenti finanziari*

*(TUF art. 23; cod. civ. art. 1223)*

**In mancanza della prova, o comunque di una risultanza agli atti processuali, di un impossibile recupero di valore residuo dei titoli anche in futuro, i titoli devono essere restituiti, ai fini del rispetto del principio dell'esatto e non superiore reintegro del pregiudizio cagionato.**

**La Corte (*omissis*).**

1. - I motivi del ricorso espongono avverso la sentenza impugnata censure che possono essere come di seguito riassunte:
1) violazione e falsa applicazione degli artt. 1218 c.c. e segg. e art. 21, comma 1, lett. b) t.u.f., perché l'intermediario non aveva l'obbligo di fornire le informazioni circa qualsiasi variazione del livello di rischio dei titoli, ma solo, in conformità al c.d. elenco "Patti chiari", di informare il cliente in caso di uscita dal detto elenco; situazione realizzatasi solo il giorno 8 ottobre 2008 ed immediatamente comunicata agli investitori medesimi;
2) violazione e falsa applicazione degli artt. 1218, 1223 e 1335 c.c., per avere la corte territoriale ritenuto indimostrato l'invio ai clienti della comunicazione "patti chiari", avente ad oggetto l'uscita dei titoli in esame dall'elenco, laddove l'invio all'indirizzo dei medesimi ne comportava la presunzione di conoscenza;
3) violazione e falsa applicazione degli artt. 1223, 1224 e 1225 c.c., essendo stato liquidato il danno con riferimento al prezzo dei titoli al 1 settembre 2008, quando il prezzo unitarie era di Euro 79,08, mentre il momento rilevante è solo quello dell'uscita dei medesimi dal predetto elenco, avvenuto il giorno 8 ottobre 2008, con prezzo unitario, a tale data, di Euro 13,50;
4) violazione e falsa applicazione degli artt. 1223 c.c. e segg. e art. 1458 c.c., per avere la corte territoriale negato il diritto della banca alla restituzione dei titoli, necessario per una corretta liquidazione del danno agli investitori, dato che i medesimi, privi di valore al momento del giudizio di primo grado, potrebbero riacquistarlo in futuro.
2. - La corte territoriale ha ritenuto, per quanto ancora rileva, che:
a) gli attori non hanno lamentato, contrariamente a quanto ritenuto dal tribunale, la carenza d'informazioni al momento dell'acquisto dei titoli, ma solo con riguardo alla sopravvenuta situazione di rischio, tale da integrare il dovere contrattualmente assunto dalla banca di informarli dei rischi derivanti dal mancato disinvestimento: e, dal regolamento "Patti chiari", depositato in atti, risulta che la banca assunse l'obbligo di informare gli investitori, entro il termine massimo di due giorni, di qualsiasi aumento del rischio dei titoli inseriti nell'elenco, come quelli acquistati;
b) né la banca ha dimostrato di avervi adempiuto con la comunicazione da essa prodotta, spedita il giorno successivo alla caduta borsistica dell'8 ottobre 2008 indotta dalla crisi dei mutui *subprime*, quando il prezzo delle obbligazioni de quibus si ridusse da Euro 53,50 ad Euro 13,50: in primo luogo, i parametri di rischio avevano subito importanti variazioni nelle settimane precedenti, tali da integrare l'obbligo informativo ai clienti (con prezzo, rispetto a quello di acquisto di Euro 93,55, sceso il 1 settembre a Euro 79,09, il 22 settembre a Euro 66,50 ed il 3 ottobre a Euro 52,50) sin dal 1 settembre 2008; in secondo luogo, non vi è prova neppure dell'invio della comunicazione in data 9 ottobre 2008, non potendosi esso ritenere dimostrato, sulla base delle solo generiche deposizioni testimoniali raccolte in giudizio;
c) ove tempestivamente avvertiti, i clienti avrebbero potuto disinvestire, onde il danno da responsabilità contrattuale della banca va determinato, per la perdita integrale di valore dei titoli, in misura pari al prezzo unitario al 1 settembre 2008 di Euro 79,08, per un cotale di 79.080,00, in ragione del numero di 100.000 titoli acquistati; a tale importo va aggiunto il lucro cessante, per il diverso investimento perduto, alla stregua degli elementi probatori offerti in giudizio e determinato nella misura del 4,16%, sino al periodo di vincolo dell'investimento, mentre esso va liquidato nella misura del saggio legale per il prosieguo;
d) la domanda di restituzione dei titoli, proposta dalla banca, va respinta, in quanto coerente solo con una pronuncia di risoluzione del contratto.
3. - Il primo motivo è inammissibile.
La ricorrente propone una diversa lettura delle risultanze processuali operata da parte della corte d'appello, nel senso che l'obbligo informativo sussistesse unicamente in ipotesi di avvenuta uscita dei titoli dall'elenco, non prima di essa.
Al contrario, la corte territoriale ha ritenuto che, in punto di interpretazione del contratto, dall'accordo intercorso tra le parti risulti l'assunzione, in capo all'intermediario, dell'obbligo di informare gli odierni controricorrenti con riguardo ad ogni variazione rilevante di rischio del proprio investimento quanto al corso dell'andamento di borsa dei titoli; la corte ha altresì accertato, in punto di fatto, che i titoli, in effetti, subirono una rilevante contrazione di prezzo sin dal 1 settembre 2008, e, pertanto, ha ricollegato

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


a tale momento il sorgere dell'obbligo d'informazione rimasto inadempiuto.
La ricorrente ha riprodotto, nel proprio ricorso, la clausola contrattuale del seguente tenore: "Se l'aumento del rischio che causa l'uscita dall'Elenco è modesto, sarai informato al primo estratto conto successivo o comunicazione periodica della tua banca. Se invece l'aumento del rischio è rilevante, cioè il titolo passa direttamente all'area del basso rischio a un livello di rischio significativo, verrai informato entro 2 giorni".
La lettura della clausola nel senso della sussistenza di un obbligo informativo circa l'opportunità di un disinvestimento tempestivo, offerta dalla sentenza impugnata, viene contrastata dal motivo mediante la mera asserzione di un diverso esito interpretativo: ciò, tuttavia, senza neppure censurare la violazione dei criteri di interpretazione negoziale, di cui agli artt. 1362 c.c. e segg., da parte della corte d'appello, la cui conclusione non appare affatto esorbitante rispetto alla clausola in discorso.
A ciò si aggiunga soltanto che l'ordine di negoziazione di strumenti finanziari può ammettere un ulteriore contenuto, come quello introdotto dall'inserimento del titolo nell'elenco delle obbligazioni a basso rischio-rendimento secondo il cd. regolamento "patti chiari", il quale preveda che il cliente sia tempestivamente informato, ove il titolo subisca una variazione significativa del livello di rischio: si tratta di un patto ulteriore, rispetto a quello standardizzato e tipico dell'ordine di investimento, idoneo a costituire, a sua volta, fonte di una specifica obbligazione contrattuale, ai sensi dell'art. 1173 c.c., assunta nella banca nei confronti del cliente.
La situazione è già venuta all'esame della Corte (cfr. Cass. 18 giugno 2018, n. 15936, non massimata sul punto), la quale ha condivisibilmente osservato, in motivazione, come allora sia "determinante per l'investitore, sussistendo nel caso di specie anche uno specifico vincolo pattizio in tal senso, entrare tempestivamente in possesso delle informazioni su di un titolo, idonee non solo a far comprendere l'iniziale grado di rischio collegato all'investimento, ma che consentano anche di assumere provvidenziali scelte di cessione del titolo, atte ad impedire gravose perdite per l'investitore, in caso di svalutazione del titolo acquistato o deterioramento del patrimonio degli emittenti il titolo".
In definitiva, il motivo pretende una diversa interpretazione delle risultanze processuali e si palesa inammissibile.
4. - Il secondo motivo è inammissibile, in quanto non coglie la *ratio decidendi* della sentenza impugnata.
La corte territoriale, dopo aver ricollegato il sorgere dell'obbligo informativo in un momento collocabile all'inizio del mese di settembre 2008, ha aggiunto (e la questione, si noti, resta rilevante, in quanto ne potrebbe derivare una diversa quantificazione del risarcimento) che esso neppure è dimostrato sia stato adempiuto successivamente al *default* dell'ottobre 2008, posto che non vi è prova dell'invio della lettera del 9 ottobre 2008.
Ha, cioè, ritenuto a tal fine insufficiente il documento, prodotto dalla banca.
Nessuna questione ripropone la ricorrente circa la dimostrazione dell'invio della missiva, ad esempio mediante documenti altrimenti prodotti, né tiene conto dell'argomentazione circa il difetto di prova dell'invio, contenuta nella sentenza impugnata. Essa si limita, invero, a richiamare il disposto dell'art. 1335 c.c., e la relativa presunzione di conoscenza del destinatario, senza considerare che lo stesso invio di una lettera di contenuto adeguatamente informativo è stato ritenuto indimostrato dalla corte territoriale: onde non pertinente resta il richiamo a detta presunzione iuris tantum di legge.
5. - Il terzo motivo è infondato.
Non sussiste la violazione delle norme di cui agli artt. 1223, 1224 e 1225 c.c., da parte della corte territoriale, la quale, per quantificare il pregiudizio, ha tenuto conto della circostanza che gli investitori avrebbero potuto rivendere i titoli al momento della - dovuta, ma non resa - informazione dell'intermediario circa il significativo aumento del rischio di perdita del capitale investito.
Si tratta del mero impiego del criterio della causalità civilistica, fondato sul criterio del "più probabile che non" (e *multis*, di recente Cass. 26 giugno 2020, n. 12906; Cass. 27 agosto 2020, n. 17893).
6. - Il quarto motivo è fondato.
Con esso la ricorrente censura il rigetto della domanda di restituzione dei titoli, proposta dalla banca e respinta dalla corte del merito, in ragione della ritenuta necessità, ai fini dell'adozione di tale pronuncia, della risoluzione del contratto *ex* art. 1458 c.c., invece non assunta.
La pronuncia è errata, per violazione dell'art. 1223 c.c.
Se, invero, la restituzione costituisce applicazione del principio del ripristino dello status quo ante conseguente ad una pronuncia caducatoria del contratto, come indica l'art. 1422 c.c., in tema di nullità, il quale espressamente richiama la disciplina dell'indebito (salvi gli adattamenti che possano ritenersi necessari nell'ambito di una restituzione conseguita a caducazione del contratto), non è men vero che i principi del risarcimento del danno - i quali richiedono che esso copra l'intero pregiudizio sofferto e non produca, invece, a sua volta un indebito arricchimento del danneggiato (è appena il caso di rilevare come qui sia del tutto estraneo il tema dei c.d. danni punitivi) - implicano la necessità, in caso di condanna dell'intermediario al risarcimento del danno patito dall'investitore, commisurato all'integrale perdita di valore dei titoli ad un dato momento (e, quindi, con rimborso della esatta somma investita, detratto solo quanto in precedenza perduto per cause indipendenti dall'inadempimento dell'intermediario) di accogliere nel contempo la domanda restitutoria dei titoli medesimi, perlomeno tutte le volte che il loro residuo valore sia stato considerato pari a zero, ma non vi sia la prova che tale rimanga in via definitiva (ad esempio, per essersi ormai il cliente definitivamente privato dei titoli senza corrispettivo, o per annullamento dei medesimi, o altre evenienze).
In generale, in tema di responsabilità contrattuale, spetta al danneggiato la prova dell'esistenza del danno lamentato e della sua riconducibilità al fatto del debitore, non assumendo rilievo, a tal fine, la presunzione di colpevolezza dell'inadempimento posta dall'art. 1218 c.c., la quale non modifica l'onere della prova, che incombe sulla parte che

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


abbia agito per il relativo accertamento, allorché si tratti di dimostrare l'esistenza del danno (cfr. Cass. 10 ottobre 2007, n. 21140; 18 marzo 2005, n. 5960). A tale principio si conforma anche la disciplina speciale in materia di intermediazione finanziaria, dettata dal D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 23, comma 6, la quale pone a carico dell'intermediario l'onere di provare l'avvenuto puntuale adempimento degli obblighi informativi posti a suo carico, ma non dispensa l'investitore da quello di allegare l'inadempimento delle predette obbligazioni, nonché di fornire la prova del pregiudizio patrimoniale derivante dall'investimento eseguito e del nesso causale tra l'inadempimento ed il danno lamentato (Cass. 24 maggio 2019, n. 14335; 2 febbraio 2018, n. 4727; 24 aprile 2018, n. 10111).
È stata già esaminata da questa Corte la compatibilità tra domande di inesatto adempimento, risarcimento del danno *ex* art. 1218 c.c. e restituzione del prezzo pagato (cfr. Cass. 23 giugno 2016, n. 12996, dove la pretesa risarcitoria concerneva il compenso corrisposto all'abusivo professionista).
Alla stregua dei predetti principi, non incombeva alla convenuta l'onere di dedurre e provare che la perdita patrimoniale lamentata dagli attori non si fosse verificata, o fosse limitata in quanto le obbligazioni da loro acquistate conservavano ancora un residuo valore di mercato: spettando invece agli attori l'individuazione e la dimostrazione dell'avvenuta perdita del capitale investito nell'acquisto dei titoli, in conseguenza dell'impossibilità definitiva di ottenerne il rimborso da parte dell'emittente o della difficoltà di ricollocarli utilmente sul mercato finanziario, sia pure ad un prezzo notevolmente inferiore al valore nominale (in tal senso, cfr. già le osservazioni di Cass. 26 ottobre 2020, n. 23450, non massimata); e ciò, qualora intendessero non restituire i titoli, anche *pro* futuro.
E ciò - si noti - proprio nell'ambito dell'onere di allegazione e di prova dei fatti posti a fondamento della pretesa risarcitoria, che si è voluta pari all'integrale valore dei titoli, al momento della vendita che, secondo il giudice del merito, sarebbe stata presuntivamente disposta dall'investitore, ove fosse stato adeguatamente informato della opportunità del disinvestimento. In mancanza della prova, o comunque di una risultanza agli atti processuali, di un impossibile recupero di valore residuo dei titoli anche in futuro, i titoli devono essere restituiti, ai fini del rispetto del principio dell'esatto e non superiore reintegro del pregiudizio cagionato.
La restituzione dei titoli ha così lo scopo, sotto tale profilo, di commisurare il risarcimento all'effettivo danno patito.
Inoltre, occorre tenere presente che la compensati *lucri cum damno* è un'eccezione in senso lato, in quanto integra non l'allegazione di un fatto estintivo, modificativo o impeditivo del diritto azionato, ma una mera difesa in ordine all'esatta entità globale del pregiudizio effettivamente patito dal danneggiato, ed è, come tale, rilevabile d'ufficio dal giudice, il quale, per determinare l'esatta misura del danno risarcibile, può fare riferimento, per il principio dell'acquisizione della prova, a tutte le risultanze del giudizio (fra le altre, Cass. 24 novembre 2020, n. 26757; 30 ottobre 2020, n. 24177; 24 settembre 2014, n. 20111).
In particolare, questa Corte ha già precisato che, ove l'intermediario sia condannato a risarcire il danno cagionato al cliente per avere dato corso a un ordine di acquisto di titoli, senza che sia pronunciata anche la risoluzione del contratto di negoziazione, si deve tenere conto che l'investitore resta in possesso dei titoli medesimi, sicché, in applicazione del criterio generale della *compensatio lucri cum damno*, dalla liquidazione va decurtato il valore residuo dei titoli acquistati - così come risultante dalle quotazioni ufficiali al momento della decisione - nonché l'ammontare delle cedole nel frattempo riscosse (Cass. 27 agosto 2020, n. 17948).
A completamento di tali principi, occorre ora pure considerare, sul piano della esatta liquidazione del danno, come dovuta la restituzione dei titoli, pur al momento della decisione reputati privi di valore residuo e come tali non scomputati dal *quantum* liquidato: ciò, almeno tutte le volte in cui non sia stato, da parte del giudice del merito, altresì accertato non solo che quei titoli non avessero valore al momento della decisione, ma anche che essi siano insuscettibili di riacquistarlo in futuro in favore del cliente, ad esempio perché annullati, ceduti definitivamente o per altra ragione.
Ciò in quanto, in sé, la nozione di illiquidità dell'emittente i titoli non coincide con la definitiva mancanza di valore dei medesimi, salvo la prova in contrario.
Quanto esposto deriva dal disposto dell'art. 1223 c.c., sulla necessità di risarcire, per intero e non oltre, i danni immediati e diretti cagionati al danneggiato: la norma, invero, correttamente interpretata ed applicata, mira a produrre in capo al danneggiato la medesima situazione patrimoniale di cui egli avrebbe goduto, qualora l'inadempimento non si fosse verificato.
Onde occorre considerare, nella specifica situazione in esame, che il giudice del merito ha concluso nel senso che qualora la banca, in ipotesi controfattuale, avesse informato il cliente, in luogo che restare inerte, tempestivamente permettendogli di conoscere i rischi sopravvenuti - e, dunque, se la banca avesse adempiuto alla propria obbligazione informativa - il cliente avrebbe venduto i titoli, così incassando, secondo la ricostruzione sottesa alla sentenza impugnata, proprio la somma di Euro 79,00 a titolo obbligazionario, ma ovviamente privandosi, nel contempo, della titolarità dei titoli, in tale ipotetica operazione definitivamente alienati. Ed ha liquidato il danno in conformità.
Donde la regola del risarcimento integrale e non superiore del danno implica che, del pari, nella situazione patrimoniale del cliente i titoli non permangano, in quanto egli, bensì, incassi dalla controparte inadempiente l'equivalente dell'intero prezzo, ma, nel contempo, restituisca i titoli medesimi.
L'accertato valore nullo dei titoli ad una certa data, che abbia indotto la sentenza alla condanna al risarcimento pari all'integrale pagamento del prezzo ipoteticamente conseguibile a tale momento, in punto di fatto attiene unicamente il "valore zero" del titolo alla data della

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


liquidazione, ma non in futuro, in quanto la illiquidità attuale di un prodotto finanziario non vuol dire mancanza di valore anche in epoca successiva. Invero, nonostante la perdita di valore al momento della decisione per il blocco dei pagamenti, i titoli possono, secondo l'*id quod plerumque accidit*, continuare a costituire oggetto di scambio sul mercato, nella prospettiva di un futuro rimborso, sia pure parziale, del relativo importo, posto che il *default* potrebbe avere comportato non già l'estinzione del debito, ma soltanto una sospensione delle restituzioni.
Ove, viceversa, il giudice del merito abbia accertato, altresì, l'insuscettibilità del titolo di produrre qualunque futura utilità per il patrimonio del cliente, da tale restituzione si potrà prescindere, non potendosi parlare di una sicura locupletazione in mancanza della restituzione.
6.2. - Quanto esposto è coerente con il principio generale del divieto di indebito arricchimento, espresso dall'azione residuale dell'art. 2041 c.c.
L'ordinamento non tutela gli spostamenti patrirnoniali privi di causa, donde il principio generale fissato da detta disposizione.
L'art. 2041 c.c., costituisce, com'è noto, una norma di chiusura della disciplina delle obbligazioni, concedendo uno strumento di tutela esperibile in tutti i casi in cui tra due soggetti si verifichi uno spostamento patrimoniale (c.d. *utiliter versum*), tale che uno subisca danno e l'altro si arricchisca senza una giusta causa, e, cioè, senza che sussista una ragione che, secondo l'ordinamento, giustifichi il profitto o il vantaggio dell'arricchito.
L'azione ha carattere generale, perché è esperibile in una serie indeterminata di casi, in quanto espressione del principio per cui non è ammissibile l'altrui pregiudizio patrimoniale, senza una ragione giustificativa; ha carattere sussidiario, *ex* art. 2042 c.c., perché è esercitabile solo quando al depauperato non spetti nessun'altra azione, basata su un contratto, su un fatto illecito o su altro atto o fatto produttivo dell'obbligazione restitutoria o risarcitoria (Cass. 15 maggio 2009, n. 11330; n. 2312 del 2008; sez. un., n. 14215 del 2002).
Ma, appunto, si tratta della derivazione di quell'arricchimento dal contratto, come tale non ripetibile in costanza di questo.
Altro è, come nella specie, che l'arricchimento derivi proprio dalla restituzione ad una parte dell'esborso contrattuale, sia pure sotto la veste di un'azione risarcitoria, senza che sia stato nel contempo detratto il valore (anche quale *chance* futura) del bene trattenuto o, in mancanza, il bene sia stato restituito.
Nella vicenda in esame, ove i titoli non fossero restituiti pur in mancanza di prova di una definitiva cessazione di valore, potrebbe residuare per l'intermediario l'azione di indebito arricchimento, qualora tale valore in seguito risultasse riacquisito a beneficio dell'investitore.
La soluzione qui accolta ha, quindi, anche il fine dell'economia processuale, prevenendo future liti.
6.3. - Nell'ambito di una visuale sistematica, può dirsi altresì che la condanna al risarcimento del danno, pari all'intero valore dei titoli in favore dell'investitore al momento del mancato disinvestimento, contenga in sé l'accertamento implicito del sopravvenuto venir meno della causa dell'attribuzione del pagamento di quel valore, e, dunque, anche del diritto a mantenere i titoli nel proprio patrimonio.
In simili casi, la tutela ripristinatoria realizzata a favore del cliente si avvicina sensibilmente ad una tutela "reale". Se funzionalmente la restituzione del valore investito serve indubbiamente a rimuovere un danno provocato, ciò si realizza con una tecnica che è in fatto ripristinatoria.
Se è vero che permane la distinzione concettuale tra restituzione e risarcimento, in casi come quello all'esame il risultato finale tende a sovrapporsi, in quanto l'obbligazione risarcitoria dovuta della parte inadempiente coincide con la restituzione (di una parte) della somma investita (cfr. spunti in Cass. 11 marzo 2020, n. 7016).
La causa dell'attribuzione dei titoli è nel contratto di investimento finanziario, attuato con lo specifico ordine; restituita, però, la somma pari al valore dei titoli che è andato perduto, del pari viene meno la giusta causa di attribuzione della res.
6.4. - Occorre, pertanto, enunciare il seguente principio di diritto:
"In tema di intermediazione finanziaria, allorché sia pronunciata la condanna dell'intermediario al risarcimento del danno patito dall'investitore, in ragione dell'inadempimento ai propri obblighi, quantificato sull'assunto della perdita di integrale valore dei titoli al momento della decisione, va del pari disposta la restituzione dei titoli medesimi, quale espressione del medesimo principio di cui all'art. 1223 c.c., del risarcimento effettivamente corrispondente al danno, ogni qualvolta il loro residuo valore venga reputato, al momento della decisione, pari a zero, ma non risulti altresì in giudizio l'impossibilità di un successivo incremento del valore stesso, per essere stati i titoli annullati, definitivamente ceduti o per qualsiasi altra concreta evenienza".
7. - In conclusione, in accoglimento del quarto motivo di ricorso, la sentenza impugnata va cassata, con rinvio innanzi alla Corte d'appello di Catania, in diversa composizione, affinché - sulla base delle allegazioni e delle prove già in atti - applichi il principio di diritto sopra enunciato.
**(*omissis*).**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


# Valore residuo degli strumenti finanziari e liquidazione del danno all'investitore

*di Daniele Maffeis (*)*

Se si rende inadempiente ad un obbligo diverso da quello di astensione l'intermediario risponde se l'investitore allega, e prova, sia il danno sia il nesso di causalità. In mancanza di una pronuncia di risoluzione, il valore degli strumenti finanziari deve essere detratto dall'importo della provvista iniziale. La sentenza in commento afferma che ogni qualvolta sia bensì accertato che il valore dello strumento finanziario al momento della decisione è pari a zero, ma nel giudizio che è oggetto della decisione non sia risultata l'oggettiva impossibilità che l'investitore, in un momento successivo alla decisione, ritragga un arricchimento per il fatto che lo strumento finanziario riacquisti valore, gli strumenti finanziari non possono restare nella titolarità dell'investitore.

*In case the financial intermediary fails to perform obligations, except for the duty to abstain, it is liable if the investor proves both the prejudice and the casual link. If the contract is not terminated, the value of the financial instruments shall be deducted from the initial amount paid by the investor. The judgment hereof states that when it is ascertained that the value of the financial instrument at the time of the judgement is zero, but it is not impossible for the investor, at a later time, to be enriched by a growth of the value of the financial instrument, the investor shall not keep the ownership of the financial instruments.*

## Restituzioni e risarcimento

Nel diritto civile della finanza rappresenta un classico la discussione intorno all'alternativa fra i due rimedi, della restituzione e del risarcimento del danno. I termini della discussione, allorché riguardano un contratto almeno in parte eseguito, sono spesso non del tutto precisi, perché l'alternativa è posta tra il rimedio c.d. impugnatorio (o c.d. demolitorio) e risarcitorio, mentre è evidente che nullità, annullamento, risoluzione, allorché riguardano un contratto eseguito, non sono rimedi, perché da soli non assicurano all'attore il bene della vita, che è rappresentato tendenzialmente dal denaro speso dall'investitore per il compimento dell'atto di investimento, per recuperare il quale occorre la condanna alla restituzione dell'indebito.

La sentenza in commento è originale e meritevole di attenta riflessione, perché pone il problema dell'alternativa fra i due rimedi, della restituzione e del risarcimento del danno, in termini che non sono consueti nel dibattito: il problema è dov'è giusto che resti lo strumento finanziario, nel patrimonio di chi, ai fini di una corretta liquidazione del danno, e, in particolare, se il regime delle restituzioni possa essere adoperato per assicurare che il risarcimento (per equivalente) riconosciuto all'investitore resti definitivamente cristallizzato in una misura non destinata, successivamente alla decisione, a rivelarsi in ipotesi superiore al danno effettivo.

## Sentenze di primo e secondo grado

Due clienti lamentano nei confronti dell'intermediario la perdita della provvista (euro 100.000) corrisposta per l'acquisto di obbligazioni. Danno emergente da inadempimento. L'allegato inadempimento risiede nella mancata informazione da parte dell'intermediario della circostanza della perdita di valore dello strumento - informazione che si ritiene convenzionalmente assunta in virtù del regolamento "Patti Chiari" - e l'allegato nesso di causalità risiede nel fatto che quell'informazione, se fornita, avrebbe indotto l'investitore, siccome razionale, a vendere lo strumento finanziario (sull'implicito assunto che esso fosse ancora sufficientemente liquido, nonostante la perdita di valore già in corso) e ad ottenere così sul mercato secondario un corrispettivo uguale ad almeno una parte (euro 79.800) dell'importo iniziale investito. Gli investitori, va notato subito, formulano una domanda di risarcimento del danno, non una domanda di risoluzione per inadempimento.

Il tribunale respinge la domanda, ma la corte d'appello riforma la sentenza di primo grado e, in accoglimento della domanda degli attori e appellanti, condanna l'intermediario, riconoscendo (oltre ad

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


una voce di lucro cessante per lo scenario alternativo ipotetico di un diverso investimento) il minor danno di euro 79.800 - rispetto all'ammontare della provvista di euro 100.000 - pari all'importo che i clienti, come detto, avrebbero ricavato dalla vendita del titolo, se fossero stati informati della sua perdita di valore.
Per esaminare la sentenza è utile isolare due distinti passaggi e così distinguere tra la condanna al risarcimento e la liquidazione del danno.
Quanto al primo passaggio, l'assunto che sorregge la condanna al risarcimento è che l'intermediario si è reso inadempiente all'obbligo, convenzionalmente assunto, di tempestiva informazione.
Quanto al secondo passaggio, l'assunto che sorregge la quantificazione del danno è duplice, ed è che, al momento della decisione, le obbligazioni valgono bensì zero, ma non sono state annullate né alienate, sicché rimangono nel portafoglio dei clienti. A tal proposito va notato bene che, al contempo, la corte d'appello respinge la domanda di ripetizione dell'indebito che era stata proposta dall'intermediario e che aveva ad oggetto la restituzione delle obbligazioni. Il rigetto è statuito dalla Corte d'Appello sul presupposto, del tutto lineare, che la restituzione di una prestazione eseguita in dipendenza di un valido contratto presuppone sempre il venir meno del titolo e non può essere disposta in mancanza di una pronuncia di risoluzione e quindi nella perdurante vigenza del titolo.

## Obblighi convenzionali di informazione successiva

La prima parte della sentenza della Corte di cassazione in commento applica principi, a mio avviso, senz'altro condivisibili.
Difatti, non sussistono a carico dell'intermediario obblighi informativi nella fase del c.d. postcontratto (1) (fuori dai rapporti di gestione e di consulenza).
Con l'occasione si può soggiungere che, naturalmente, anche in assenza dell'obbligo di informare l'intermediario è responsabile se fornisce informazioni inesatte o consigli errati o superficiali, poiché, quando comunque agisce, lo deve fare sempre in modo diligente, corretto, trasparente e fedele, ai sensi dell'art. 21 TUF.
Obblighi di informazione successiva, al di fuori di un rapporto di consulenza o di gestione individuale, possono sorgere soltanto da una specifica clausola del contratto, o da dichiarazioni che accompagnano o seguono la conclusione del contratto di investimento, o che seguono l'investimento, anche se si tratta di dichiarazione dirette al pubblico, come, appunto, nel caso del consorzio c.d. Patti Chiari, riguardo al quale la sentenza in commento individua un obbligo di informare gli investitori dell'andamento degli strumenti finanziari originariamente giudicati dal consorzio come strumenti a basso rischio; si legge che è "determinante per l'investitore, sussistendo nel caso di specie anche uno specifico vincolo pattizio in tal senso, entrare tempestivamente in possesso delle informazioni su di un titolo, idonee non solo a far comprendere l'iniziale grado di rischio collegato all'investimento, ma che consentano anche di assumere provvidenziali scelte di cessione del titolo, atte ad impedire gravose perdite per l'investitore, in caso di svalutazione del titolo acquistato o deterioramento del patrimonio degli emittenti il titolo" (2).

## Questione, principio e quesito

La seconda parte della sentenza della Corte di cassazione riguarda la condanna al risarcimento del danno e la sua liquidazione, ed è al centro dell'indagine il ruolo che svolgerebbe la restituzione ai fini della corretta liquidazione del danno.
Va osservato al riguardo che in generale, nel diritto civile della finanza, la quantificazione del danno ha spessissimo a che fare con il destino degli strumenti finanziari, perché, tra gli elementi che concorrono a determinare l'entità del danno risarcibile, vi è proprio quello della considerazione della titolarità del portafoglio in cui gli strumenti finanziari sono destinati a rimanere dopo la decisione del giudice.
Tuttavia, la premessa di ogni giudizio sulla rilevanza del valore degli strumenti finanziari è che la statuizione sulla permanente efficacia o il venir meno del titolo debba precedere la statuizione sulla quantificazione del danno.
Una volta appurato se il titolo resta efficace o non, e quindi se le restituzioni operano o non (rigorosamente: su domanda di parte), si distingue: il valore degli strumenti finanziari è detratto dalla misura del

(1) Sul punto G. Bombaglio, *Contratto e postcontratto: repetita et nova in tema di obblighi informativi dell'intermediario finanziario*, in *Contratti*, 2018, 537 ss.
In dottrina A. Scotti, *I codici di condotta tra mercato, impresa e contratto,* Milano, 2019, 280 ss. ove ampi riferimenti giurisprudenziali.
(2) Si vedano anche App. Trieste 22 maggio 2012, in questa *Rivista*, 2012, 1201; Trib. Milano 22 marzo 2011, in *www.ilcaso.it.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


danno da liquidare, se essi rimangono nel portafoglio dell'intermediario, non se sono restituiti all'intermediario.
Questo, invece, il principio di diritto affermato dalla sentenza in commento: "In tema di intermediazione finanziaria, allorché sia pronunciata la condanna dell'intermediario al risarcimento del danno patito dall'investitore, in ragione dell'inadempimento ai propri obblighi, quantificato sull'assunto della perdita di integrale valore dei titoli al momento della decisione, va del pari disposta la restituzione dei titoli medesimi, quale espressione del medesimo principio di cui all'art. 1223 c.c., del risarcimento effettivamente corrispondente al danno, ogni qualvolta il loro residuo valore venga reputato, al momento della decisione, pari a zero, ma non risulti altresì in giudizio l'impossibilità di un successivo incremento del valore stesso, per essere stati i titoli annullati, definitivamente ceduti o per qualsiasi altra concreta evenienza".
Il quesito, isolato ed affrontato dalla sentenza in commento, è se, liquidando il danno all'investitore, il giudice deve disporre la restituzione degli strumenti finanziari, nonostante la mancanza di una pronuncia di risoluzione, al fine di procedere ad una liquidazione corretta, in applicazione del nesso di causalità, sull'assunto che l'eventuale aumento di valore dello strumento finanziario, successivo alla decisione, non possa incidere positivamente sul patrimonio dell'investitore, perché ciò integrerebbe un arricchimento indebito.

## Onere, a carico dell'investitore, di allegare e provare il valore pari a zero

L'esame del principio di diritto, e quindi del quesito che si accompagna alla sua formulazione, richiede una breve ricognizione dei passaggi essenziali in cui si articola, nel diritto civile della finanza, il giudizio sulla rilevanza del valore dello strumento finanziario ai fini della determinazione della misura del danno.
Secondo l'opinione comune, il valore dello strumento finanziario, successivo alla decisione, non è rilevante (3).
Quando allega l'inadempimento dell'intermediario (4) - un inadempimento diverso dalla violazione di un obbligo di astensione, che fa scattare il risarcimento del danno *in re ipsa* (5) -, spetta all'investitore il duplice onere di provare il danno ed il nesso di causalità (6).
Se chiede, o implicitamente pretende, che la quantificazione del danno non tenga conto del loro valore, l'investitore deve provare, anche per presunzioni, che il valore attuale degli strumenti finanziari che si trovano nel suo portafoglio è, al momento della decisione, pari a zero. È una prova che può essere semplice se il titolo è quotato o è stato annullato, ma è molto spesso impegnativa ed è sempre di contenuto squisitamente tecnico finanziario, sicché potrà richiedere, a seconda del tipo di strumento finanziario, deduzioni ed elementi probatori di carattere tecnico (7). Se è disponibile, si considera il valore ufficiale di quotazione all'epoca della decisione (8); altrimenti, può essere rilevante il valore stimato in base a un modello, e il problema può cadere allora sulla scelta, l'affidabilità, la diffusione del modello.
Così la Corte di cassazione per liquidare il danno considera "la differenza tra il valore dei titoli al momento dell'acquisto" - *recte*, l'importo versato per acquistate gli strumenti finanziari - "e quello degli stessi al momento della domanda risarcitoria" (9). Oppure la differenza tra il valore originario e quello degli strumenti finanziari al momento della pronuncia della sentenza (*recte*, all'ultimo momento utile del processo in cui l'attore abbia potuto allegare e provare il valore, e lo abbia fatto).
Il principio non riguarda soltanto la finanza, perché è un principio generale: quando il valore di un bene è computato ai fini della quantificazione del danno, le

(3) È invece rilevante il valore successivo all'acquisto, sia quello del momento in cui l'intermediario, ricorrendone i presupposti, avrebbe dovuto informare l'investitore (dell'aumento del rischio, dell'opportunità di vendere, etc.) sia quello del momento in cui l'investitore avrebbe comunque potuto rivendere, se avesse agito con la diligenza media.

(4) Cass. Civ. 9 agosto 2021, n. 22513, Cass. Civ. 20 aprile 2021, n. 10392, entrambe in *One LEGALE https://onelegale.wolterskluwer.it/*. In dottrina M. Rescigno, *La responsabilità civile dei soggetti abilitati e la tutela speciale degli investitori*, in M. Cera - G. Presti (dir.), *Il Testo Unico finanziario*, Bologna, 2020, I, 526.

(5) Rinvio a D. Maffeis, *Disciplina degli obblighi meramente informativi dell'intermediario finanziario*, in questa *Rivista*, 2020, 1383.

(6) Cass. Civ. 8 febbraio 2019, n. 3712, Civ. 15 giugno 2018, n. 15770, entrambe in *One LEGALE https://onelegale.wolterskluwer.it/*.

(7) Nel caso deciso dalla sentenza in commento il valore, si desume, era zero sia al momento della domanda sia al momento della decisione, considerata l'"*illiquidità dell'emittente*".

(8) Cass. Civ. 12 luglio 2022, n. 22002, Cass. Civ. 27 agosto 2020, n. 17948, entrambe in *One LEGALE https://onelegale.wolterskluwer.it/*.

(9) Cass. Civ. 27 aprile 2018, n. 10286, che richiama nella motivazione la massima di Cass. Civ. 29 dicembre 2011, n. 29864, Cass. Civ. 22 dicembre 2017, n. 30902, Cass. Civ. 31 dicembre 2013, n. 28810, tutte in *One LEGALE https://onelegale.wolterskluwer.it/*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


possibili modificazioni di valore successive alla decisione sono, per definizione, irrilevanti (10).

## Obbligo dell'investitore di restituire gli strumenti finanziari

In questo quadro si inserisce la sentenza in commento, la cui esatta premessa è che il risarcimento non può superare l'ammontare del danno effettivo, in conformità alla tradizionale funzione compensativa della responsabilità civile (11).
L'elemento di particolare interesse della sentenza risiede nel fatto che, nel caso di specie, la Corte di cassazione ha considerato rilevante il valore successivo al momento della decisione ed ha ritenuto che gli strumenti finanziari - le obbligazioni, oggetto dell'investimento - non potessero rimanere, successivamente alla decisione, nel patrimonio dell'investitore, perché, se così fosse stato, l'investitore si sarebbe potuto arricchire, in futuro, in misura corrispondente agli eventuali aumenti di valore successivi alla decisione, non probabili, ma non impossibili. La Corte argomenta che le obbligazioni debbono essere restituite in difetto della prova, o comunque di una risultanza agli atti processuali, che le obbligazioni sarebbero rimaste prive di valore in via definitiva "ad esempio, per essersi ormai il cliente definitivamente privato dei titoli senza corrispettivo, o per annullamento dei medesimi, o altre evenienze" (12).
La ragione per la quale l'investitore deve restituire gli strumenti finanziari, in accoglimento della corrispondente domanda dell'intermediario, sebbene in assenza di una pronuncia di risoluzione, è rinvenuta dalla sentenza nell'art. 1223 c.c., che, motiva la Corte, "mira a produrre in capo al danneggiato la medesima situazione patrimoniale di cui egli avrebbe goduto, qualora l'inadempimento non si fosse verificato".
Ricostruendo lo scenario che si sarebbe dischiuso se l'intermediario fosse stato adempiente, osserva la Corte che gli investitori avrebbero presumibilmente incassato euro 79.800 (e difatti questo importo è ad essi riconosciuto) ma avrebbero incassato l'importo proprio perché avrebbero venduto gli strumenti finanziari. Siccome scopo del risarcimento è ripristinare la situazione di fatto, occorre ripristinare la situazione di fatto che si sarebbe verificata in mancanza dell'inadempimento dell'obbligo di informazione, che sarebbe stata caratterizzata dalla cessazione in capo all'investitore della titolarità della proprietà degli strumenti finanziari.

## Economia processuale tra restituzione e risarcimento

La restituzione è altresì coerente, afferma la Corte, con il principio di economia processuale, perché, senza la condanna, è possibile - argomenta la Corte - che l'intermediario possa, una volta formatosi il giudicato sul risarcimento del danno, chiedere, ai sensi dell'art. 2041 c.c., la condanna degli investitori alla restituzione dell'eventuale valore successivamente acquisito dagli strumenti finanziari.
L'economia processuale, nella sentenza in commento, consiste nell'evitare un secondo processo non perché certo o probabile, ma perché possibile (13).
Soggiunge ancora la Corte che, se è commisurata all'intero valore, senza la detrazione del valore residuo degli strumenti finanziari, la condanna al risarcimento contiene "in sé l'accertamento implicito del sopravvenuto venir meno della causa dell'attribuzione del pagamento di quel valore, e, dunque, anche del diritto a mantenere i titoli nel proprio patrimonio".
Così argomentando, la Corte non procede considerando le eventuali restituzioni (dipendenti dalla permanenza o dal venir meno del titolo) come il *prius*, ed il risarcimento del danno come il *posterius* (14), bensì giudica del danno insieme alle restituzioni, considerando il criterio del nesso di causalità, nella

(10) A. Barletta, *Risarcimento del danno imprevedibile o latente e limiti dell'efficacia preclusiva del giudicato*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 100: "il danno risarcibile deve essere determinato avendo riguardo alla situazione presente allorché il giudice debba adottare la propria decisione".

(11) In tema M. Bussani, *Le funzioni delle funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 274; C. De Menech, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, Padova, 2019, 24 ss.; M. Franzoni, *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 297; F. Quarta, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013, 199 ss. Non rileva qui la questione se la responsabilità possa assumere nella materia del diritto civile della finanza una funzione di deterrenza o sanzionatoria (Cass. Civ., SS.UU., 5 luglio 2017, n. 16601, in *One LEGALE https://onelegale.wolterskluwer.it/* e in dottrina E. Navarretta, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 5 ss.).

(12) La sentenza in commento osserva in motivazione che "nonostante la perdita di valore al momento della decisione per il blocco dei pagamenti, i titoli possono, secondo l'*id quod plerumque accidit*, continuare a costituire oggetto di scambio sul mercato, nella prospettiva di un futuro rimborso, sia pure parziale, del relativo importo, posto che il default potrebbe avere comportato non già l'estinzione del debito, ma soltanto una sospensione delle restituzioni".

(13) Il diritto all'indennizzo sorge soltanto "per effetto e dal momento dell'arricchimento", Cass. Civ. 16 aprile 2015, n. 7756, in *One LEGALE https://onelegale.wolterskluwer.it/*. La sentenza considera rilevante un possibile indennizzo ai sensi dell'art. 2041 c.c. per un arricchimento meramente eventuale.

(14) La priorità delle restituzioni rispetto al risarcimento è segnalata (nel caso di risoluzione) da P. Gallo, *voce Restituzioni contrattuali*, in *Digesto IV. Disc. priv.*, s.d. ma Torino, 2011, 800. In tema M. Dellacasa, *Breve indagine sull'azione per la restituzione*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


determinazione della misura del danno, come la causa della condanna alla restituzione.

### Risarcibilità del danno futuro

Si può osservare che, per la risarcibilità del c.d. danno futuro - futuro, nell'accezione di successivo alla decisione (15) -, non basta in generale la mera possibilità del danno futuro, occorrendo, all'opposto, la certezza, alla quale è equiparato l'"elevato grado di probabilità" (16) (avendo sempre presente che, com'è ovvio, la valutazione probabilistica resta tale, non è una predizione e può essere smentita dai fatti (17)). Il problema del danno futuro non certo né altamente probabile, ma meramente eventuale, è sempre stato al centro della questione, diversa da quella affrontata dalla sentenza in commento, dei limiti entro cui sia possibile, dopo un giudicato che abbia liquidato il danno, proporre una nuova domanda volta al risarcimento del danno successivo, che era futuro al tempo della prima decisione. E al riguardo la Relazione al re n. 801 spiega che "si è lasciata alla dottrina e alla giurisprudenza la determinazione del momento a cui devesi aver riguardo per la stima del danno" e che "si deve risarcire il danno certo, presente o futuro" e "le sopravvenienze sono rilevanti solo se integrano una causa di danno non considerata neppure genericamente nel primo accertamento (...)".

### Onere di allegazione e prova del valore

Nonostante il carattere sostanzialmente incontroverso del principio dell'irrilevanza delle modifiche di valore del bene successive alla decisione, il dubbio posto dalla sentenza in commento, rappresentato dalla possibile rilevanza del valore degli strumenti finanziari in un momento qualsiasi successivo alla decisione che ha liquidato il danno all'investitore, si presenta attraente, perché qualsiasi investimento è effettivamente caratterizzato da un'alea giuridica che ne connota la causa, e che riguarda esattamente la rilevanza che il futuro (il valore futuro) riveste al momento presente (quando è rilevante il valore del presente, ad es. al momento dell'acquisto, della rivendita, della decisione del giudice).

Tuttavia, quando la riflessione riguarda la possibile rilevanza del valore successivo alla decisione, i problemi che si pongono sono più d'uno, perché, se si muove dal presupposto che è rilevante il valore successivo alla decisione e che non si può oggettivamente escludere che esso aumenti, determinando in futuro un arricchimento dell'investitore, bisognerebbe ricavarne che l'eventuale arricchimento futuro derivante dal possibile aumento di valore dello strumento finanziario eliderebbe qualsiasi pregiudizio, e pertanto si dovrebbe escludere in radice che il danno, calcolato al momento della decisione, sia risarcibile. Pertanto, sebbene nell'ottica condivisibile di liquidare un danno non superiore a quello effettivo, in preciso ossequio all'art. 1223 c.c., non sembra, tuttavia, che possa diventare un compito delle restituzioni, quello di supplire a un difetto di allegazione o di prova del danno da parte dell'investitore.

Tenendo fermo l'assunto che, quando il valore di un bene è computato ai fini della quantificazione del danno, le possibili modificazioni di valore successive alla decisione sono, per definizione, irrilevanti, giova osservare che, quando la domanda dell'investitore è una domanda volta al risarcimento del danno, il problema - che è tutto e solo dell'investitore, in quanto attore - è quello di prospettarne e di provarne una quantificazione. Il valore dello strumento finanziario riguarda un elemento del patrimonio dell'attore e pertanto è una parte del problema della prova del danno. Se quantifica il danno nell'intera misura dell'esborso iniziale, può essere soltanto perché l'attore assume, nella formulazione della domanda, che il valore attuale dello strumento finanziario è zero. Potrà anche essere l'intermediario convenuto - anche se l'onere della prova non incombe su di lui - ad allegare ed a provare che lo strumento finanziario che è destinato a rimanere nel patrimonio dell'investitore ha un valore positivo (18).

*del prezzo: ovvero, sulla rilevanza dello scambio a seguito della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 15 ss.

(15) Sulla nozione di danno futuro C. Petruzzi, *La liquidazione del danno in via equitativa: quando ed entro quali limiti?*, in *Danno e resp.*, 2016, 1095 ss. C. Salvi, *La responsabilità civile*, Milano, 2005, 255 ss.

(16) Cass. Civ. 15 dicembre 2021, n. 40120, in *Contratti*, 2022, 423: "Perché il danno futuro sia risarcibile, non basta una pura e semplice eventualità, o un generico od ipotetico pericolo, ma occorre la certezza (alla quale può equipararsi un elevato grado di probabilità) della insorgenza di un danno (...)". In dottrina A. Barletta, *Risarcimento del danno imprevedibile o latente e limiti dell'efficacia preclusiva del giudicato*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 113.

(17) A. Barletta, *Risarcimento del danno imprevedibile o latente e limiti dell'efficacia preclusiva del giudicato*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 106 si esprime nel senso che "nella pronuncia in punto di risarcimento del danno futuro il danneggiato non può essere sottratto al rischio processuale proprio di ogni valutazione probabilistica, neppure ove il tempo s'incarichi di dimostrare l'erroneità della prognosi giudiziale".

(18) Ad es. "nulla va (...) detratto a titolo di valore corrente degli strumenti finanziari" nel caso di "impossibilità di dismetterli in ragione dell'intervenuta e perdurante sospensione delle relative negoziazioni", così, tra altre, Decisione ACF n. 5897 in data 5 ottobre 2022.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


Se dal materiale probatorio emerge che il valore attuale è positivo, questo valore andrà detratto.
Sottolineo che, anche volendo, quello di allegare e di provare che il valore, al momento della decisione, è zero è un onere del quale l'investitore non si libera neppure pretendendo di restituire gli strumenti finanziari all'intermediario (così eliminando alla radice qualsiasi eventuale scenario di un suo futuro arricchimento), e ciò perché l'intermediario non è obbligato ad accettarli in restituzione. Anche in linea di fatto, l'intermediario spesso non nutre alcun interesse alla restituzione di uno strumento finanziario che adesso vale zero. Perché se adesso lo strumento finanziario vale zero è perché il mercato lo valuta zero. In questi casi, se l'intermediario ne chiede la restituzione, è per due possibili ragioni, diversissime: o perché ritiene (o dubita) di essere onerato dell'allegazione e della prova di un qualche valore positivo, e non è in grado di adempiere l'onere (o giudica costoso acquisire la doverosa perizia tecnica, se il calcolo del valore la richiede), o perché giudica interessante un possibile futuro aumento di valore, e in considerazione di questa scelta strategica - perfettamente legittima - opta per la formulazione nel processo della domanda di restituzione.

### Natura e struttura dell'atto di investimento e possibile indebito arricchimento dell'investitore

La sentenza in commento richiede la "prova di una definitiva cessazione di (...) valore" dello strumento finanziario e così ritiene che, al fine di escludere la restituzione dello strumento finanziario all'intermediario, debba emergere nel processo l'oggettiva certezza che il suo possibile aumento di valore in un qualsiasi momento successivo alla decisione non possa comportare un guadagno dell'investitore, nel qual caso "potrebbe residuare per l'intermediario l'azione di indebito arricchimento, qualora tale valore in seguito risultasse riacquisito a beneficio dell'investitore".
Tuttavia, ai sensi dell'art. 2041 c.c., la pretesa al pagamento di un indennizzo, in virtù del carattere indebito dell'arricchimento dell'investitore, presupporrebbe un impoverimento dell'intermediario, che non sembra in radice concepibile, perché, quando presta il servizio di esecuzione di ordini per conto del cliente (come, sembra, nel caso deciso dalla sentenza in commento), l'intermediario si limita ad acquistare lo strumento finanziario sul mercato e così ad agire quale mandatario a titolo oneroso (19), acquistando e indi trasferendo gli strumenti finanziari nel portafoglio dell'investitore. La titolarità di quegli strumenti finanziari non lo ha mai riguardato, perché essi sono stati acquistati per conto di un altro. Non sono mai stati suoi. Non gli sono mai interessati.
Può anche darsi che in futuro l'investitore ottenga un guadagno, ma a ciò non corrisponderebbe alcuna perdita, sacrificio o mancato guadagno dell'intermediario. È, piuttosto, la restituzione dello strumento finanziario all'intermediario che viene a configurare un trasferimento senza causa che, come tale, potrebbe condurre, esso, nel caso di aumento di valore, ad arricchire indebitamente l'intermediario, e ciò addirittura come conseguenza di un suo inadempimento (quello che ha dato origine alla condanna dell'intermediario al risarcimento del danno, per liquidare il quale è stato disposto il trasferimento all'intermediario dello strumento finanziario).

(19) Cfr. C. Angelici, *Sul "contratto" di borsa*, Milano, 2021, 214.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


Tutela dei *riders*

# Lo sfruttamento del lavoro dei "*riders*" tra prevenzione e repressione

di Francesca Vitarelli (*)

Il contributo si propone di ricostruire la complessa vicenda giudiziaria, non ancora giunta del tutto a conclusione, che ha coinvolto Uber Italy S.r.l. e alcune società intermediarie deputate alla gestione delle piattaforme digitali di *food delivery*. Tre sono gli snodi fondamentali dell'analisi. La vicenda, in cui è stata per la prima volta prospettava una forma di caporalato "digitale" nei confronti dei c.d. "*riders*" (addetti alle consegne a domicilio), presenta due profili di interesse sul piano strettamente giuridico. Il primo riguarda il procedimento di prevenzione attivato nei confronti di Uber Italy S.r.l., di cui si analizzerà la legittimità dei presupposti e dei contenuti della misura rispetto alle eventuali alternative disponibili *ex lege*; il secondo riguarda il procedimento di merito, in particolare le motivazioni della sentenza di condanna resa in sede di giudizio abbreviato nei confronti dell'amministratore delegato di una delle società intermediarie, che consentono di muovere alcune considerazioni relative all'applicazione dell'art. 603-*bis* c.p. in tale peculiare contesto.
*The aim of this article is to discuss the complex judicial affair, still ongoing, involving Uber Italy and some intermediary companies in charge of the management of digital food delivery platforms. The case reveals a form of 'digital' labour exploitation against the 'riders' (home delivery agents) and presents two profiles of interest on a legal level. The first concerns the prevention procedure activated against Uber Italy, that will be analysed with regard to the assumptions and contents of the measure, comparing it with the alternative measures available ex lege; the second concerns the criminal prosecution, as the conviction against the manager of one of the intermediary companies allow some reflections on the application of Article 603-bis of the Criminal Code in this particular context.*

## Premessa

La vicenda in esame è nota alle cronache per aver portato per la prima volta all'attenzione dell'opinione pubblica il crescente fenomeno dello sfruttamento del lavoro dei cosiddetti "*riders*" (1) da parte delle società che gestiscono le piattaforme digitali attraverso le quali vengono organizzate le consegne a domicilio (2). Il quadro ricostruito in fase di indagini vedeva coinvolte, a vario titolo, Uber Italy S.r.l. (3) e alcune società intermediarie. Da un lato, l'ipotesi accusatoria prospettava la commissione del delitto di cui all'art. 603-*bis*, comma I, n. 1, c.p. (4) da parte dei vertici delle società intermediarie (c.d. "*fleet partners*") che, agendo da "caporali", procuravano e organizzavano le "flotte" dei fattorini per conto di Uber Italy S.r.l. in virtù di specifici accordi contrattuali di "prestazioni tecnologiche", destinandoli al

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Soggetti incaricati del servizio di consegna a domicilio mediante un mezzo di trasporto di loro proprietà.

(2) Cfr. sul punto v. di recente A. Merlo, *Sfruttamento dei* riders*: amministrazione giudiziaria ad Uber per contrastare il "caporalato digitale"*, Torino, 2020; A. Galluccio, *Misure di prevenzione e "caporalato digitale": una prima lettura del caso Uber Eats*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2021, 105 ss.; M. Vulcano, *La* Compliance *231 nelle società sottoposte a misure di prevenzione patrimoniali: il Caso Uber*, in *Sistema 231*, 2, 2022, 47 ss.

(3) Controllata italiana della nota multinazionale del "*delivery*" Uber Portier BV.

(4) Il comma I, n. 1 riguarda appunto i "caporali", ossia chi "recluta manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


lavoro in condizioni di sfruttamento e approfittando dello stato di bisogno; dall'altro, si prospettava la commissione del delitto di cui all'art. 603-*bis*, comma I, n. 2 c.p. (5) da parte della manager della stessa Uber Italy S.r.l. La società in questione, secondo le risultanze investigative, seppure "schermata" dalle intermediarie, risultava pienamente "consapevole" del distorto sistema messo in atto attraverso la sua piattaforma elettronica e ne traeva beneficio in termini di massimizzazione del profitto.
Sul piano socio-criminologico, le indagini condotte hanno dunque gettato luce sulle inedite modalità di manifestazione dello sfruttamento del lavoro nel particolare contesto della "gig-economy" (6), smascherando la "vulgata" secondo cui il *rider* svolgerebbe le sue prestazioni in piena autonomia (7) e le piattaforme digitali erogherebbero una mera attività di intermediazione con il committente restando estranee al rapporto di lavoro (8).
Sul piano più strettamente giuridico, due sono gli aspetti sui quali può essere interessante soffermarsi.
Il primo profilo attiene al procedimento di prevenzione per l'amministrazione giudiziaria dell'azienda *ex* art. 34, D.Lgs. n. 159/2011 (il c.d. "Codice Antimafia") attivato nei confronti di Uber Italy S.r.l. In base al dettato normativo, la misura suddetta si può applicare nei confronti di una società terza, estranea al delitto ma funzionalmente collegata all'autore del reato, che abbia posto in essere un'attività "agevolatrice" della condotta delittuosa altrui (9). Si tratta, dunque, di un provvedimento rivolto a soggetti terzi rispetto al delitto, funzionale a riportarli nei binari della legalità attraverso un intervento sulla gestione imprenditoriale funzionale ad una "bonifica aziendale" (10). A partire dai suddetti presupposti applicativi di tale misura, si intende verificare la "legittimità" di tale soluzione rispetto a misure e strumenti alternativi disponibili *ex lege* e che - come vedremo - avrebbero forse potuto (o dovuto?) trovare applicazione nel caso di specie.
Il secondo profilo attiene al procedimento penale per il delitto di cui all'art. 603-*bis* c.p., comma I, n. 1 e 2 avviato - rispettivamente - nei confronti dei gestori delle intermediarie, che si sono avvalsi di riti alternativi, e nei confronti della manager di Uber Italy S.r.l., il cui processo, proseguito con rito ordinario, è ancora in corso (11); ci si soffermerà, in particolare, sulle motivazioni della sentenza emessa in rito abbreviato nei confronti dell'amministratore delegato di una delle società intermediarie, che consentono di muovere alcune considerazioni sull'applicazione dell'art. 603-*bis* c.p. in tale peculiare contesto.

(5) Il comma I, n. 2 riguarda invece il datore di lavoro, ossia chi "2) utilizza, assume o impiega manodopera, anche mediante l'attività di intermediazione di cui al numero 1), sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno".

(6) L'espressione *gig economy* è oggi impiegata per indicare la galassia dei "lavoretti" gestiti generalmente attraverso piattaforme informatiche. Cfr. in argomento C. Crouch, *Se il lavoro fa gig*, trad. it., Bologna, 2019; R. Staglianò, *Lavoretti. Così la* sharingeconomy *ci rende tutti più poveri*, Torino, 2018; M.A. Maggioni, *La* sharingeconomy. *Chi ci guadagna e chi ci perde*, Bologna, 2017. Per le riflessioni già compiute in ambito giuslavoristico cfr. R. Voza, *Le nuove sfide per il* welfare*: la tutela del lavoro nella* gigeconomy, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2018, 657 ss.; G. Santoro Passarelli, *Civiltà giuridica e trasformazioni sociali nel diritto del lavoro*, in *Riv. it. sc. giur.*, 9, 2018, 147 ss.; S. Ciucciovino, *Le nuove questioni di regolazione del lavoro nell'industria 4.0 e nella gig economy: un* problem framewrk *per lariflessione*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, 1054, T. Treu, *Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della gig economy*, in *Lav. dir.*, 3-4, 2017, 367 ss.

(7) Sembrerebbe che la giurisprudenza abbia deciso di affidarsi ad un approccio di tipo rimediale, per cui la debolezza dei *riders* comporta l'applicazione delle tutele del lavoro subordinato, a prescindere dagli esiti di un metodo squisitamente tecnico-classificatorio. Così Cass. Civ., Sez. lav., 24 gennaio 2020, n. 1663 (caso Foodora).

(8) Si è riscontrata infatti, al contrario, una "limitata autonomia nella scelta e negli orari di lavoro da parte del lavoratore, costretto a ritmi sempre più intensi e frenetici, con tutte le ricadute su stress e rischi dovuti alla necessità di essere celeri nelle consegne, nettamente in contrasto con quanto previsto dalla forma contrattuale scelta, vale a dire quella della prestazione di lavoro autonomo occasionale caratterizzata (appunto) dalla completa autonomia del lavoratore circa i tempi e le modalità di esecuzione del lavoro". Di fatto, l'impegno richiesto al *gig-worker* si rivela come totalizzante, considerato che il lavoratore deve necessariamente rimanere a disposizione nei pressi delle zone in cui si trovano i ristoranti per un tempo molto maggiore di quello effettivamente retribuito, secondo fasce orarie che non contemplano di fatto pause ben definite o periodi di riposo. Cfr. Trib. Milano, Sez. mis. prev., decreto 28 maggio 2020, n. 9, 14.

(9) Testualmente, *ex* art. 34 D.Lgs. n. 159/2011: "sussistono sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale (...) possa comunque agevolare l'attività di persone (...) sottoposte a procedimento penale per (...) i delitti di cui agli articoli 603-bis (...)". Cfr. sul tema: Basile - E. Zuffada, *Manuale delle misure di prevenzione*, Torino, 2021; A. Maugeri, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, in *Arch. pen.*, 2018.

(10) Per l'applicazione dell'istituto si ricordi che l'attività "agevolante" non deve essere condotta con modalità illecite né è necessario che in capo all'agevolato sia stata accertata alcuna forma di responsabilità penale (essendo sufficiente che questi sia anche solamente proposto per una misura di prevenzione o indagato per aver sottoposto i lavoratori a sfruttamento). F. Basile - E. Zuffada, cit., 190 ss.

(11) Le sentenze finora emesse hanno confermato la ricostruzione fatta in fase di indagine nei confronti degli intermediari, sia la sentenza di applicazione della pena su richiesta dei confronti di due gestori delle società intermediarie, v. Trib. Milano, Sez. GIP/GUP, 5 luglio 2021, sia il giudizio abbreviato emesso nei confronti dei restanti, v. Trib. Milano, Sez. GIP/GUP, 15 ottobre 2021. Il 18 ottobre 2021, ha avuto inizio il processo nei confronti della manager di Uber Italy S.r.l., che non ha scelto riti alternativi, nonché nei confronti di una società intermediaria per responsabilità da reato dell'ente *ex* D.Lgs. n. 231/2001.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


## La misura di prevenzione come "surrogato" del procedimento *ex* D.Lgs. n. 231/2001

Il 27 maggio 2020 Uber Italy S.r.l. è stata sottoposta dalla Sezione Misure di Prevenzione del Tribunale di Milano alla misura dell'amministrazione giudiziaria *ex* art. 34, D.Lgs. n. 159/2011 (12).

Nel caso di specie, la Procura di Milano proponeva l'applicazione della misura di prevenzione suddetta segnalando come l'attività investigativa svolta avesse delineato un solido quadro indiziario circa la sussistenza di una attività agevolatrice da parte di Uber Italy S.r.l. nella commissione del reato di cui all'art. 603-*bis* c.p. da parte delle società intermediarie.

Il Tribunale ha quindi stabilito di applicare la misura di prevenzione di cui all'art. 34, D.Lgs. n. 159/2011 nei confronti di Uber Italy S.r.l., al fine di consentire il risanamento della compagine societaria e il ripristino della legalità all'interno della stessa. A tale scopo, ha indicato all'amministratore giudiziario specifici interventi ed attività da svolgersi di concerto con l'organo amministrativo della società, tra cui la mappatura dei rapporti tra quest'ultima e le altre aziende facenti parte del "Gruppo Uber", l'analisi dei rapporti contrattuali in essere con i lavoratori del settore *delivering* e la valutazione circa l'esistenza e l'idoneità del Modello Organizzativo *ex* D.Lgs. n. 231/2001 per prevenire fattispecie di reato della specie di quello verificatosi nello specifico settore di intervento della misura (afferenti al rapporto con i *riders*) (13).

L'atteggiamento dell'impresa, che ha mostrato fin dal primo momento un'ampia disponibilità sul piano della collaborazione positiva, razionale e continuativa con l'amministratore giudiziario, ha deposto a favore della revoca della misura con decreto 3 marzo 2021 - anche prima del termine di durata annuale originariamente previsto con il decreto applicativo - in quanto l'amministrazione giudiziaria ha "determinato concreti effetti sul piano di una consistente bonifica aziendale di Uber Italy S.r.l." (14).

Considerati i presupposti e i contenuti delle prescrizioni imposte, pare opportuno a questo punto mettere in luce alcune criticità che emergono dall'applicazione di tale misura di prevenzione.

Infatti, come anticipato, il presupposto oggettivo su cui si fonda l'amministrazione giudiziaria *ex* art. 34, D.Lgs. n. 159/2011 è costituito dall'agevolazione - da parte di una società che svolge un'attività lecita - della condotta delittuosa altrui. In particolare, il Tribunale fa riferimento ad una "agevolazione colposa" da parte di Uber Italy S.r.l., "quantomeno sotto un profilo di omesso controllo da parte della società o di grave deficienza organizzativa" (15), che ha condotto ad applicare la misura di prevenzione (16).

(12) Trib. Milano, Sez. mis. prev., 28 maggio 2020, n. 9, Uber Italy S.r.l. Sul tema cfr. v. A. Galluccio, *Misure di prevenzione e "caporalato digitale": una prima lettura del caso Uber Eats*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 168, 1, 2021, 105 ss.; A. Merlo, S*fruttamento dei* riders*: amministrazione giudiziaria ad Uber per contrastare il "caporalato digitale"*, in *Sist. pen.*, 2 giugno 2020; A. Quattrocchi, *Le nuove manifestazioni della prevenzione patrimoniale: amministrazione giudiziaria e contrasto al "caporalato" nel caso Uber*, in *Giust. pen.*, 6, 2020.; M. Barberio - V. Camurri, *L'amministrazione giudiziaria di Uber: un possibile cortocircuito tra il sistema giuslavoristico e le misure di prevenzione*, in *Giust. pen.*, 7, 2020; V. Torre, *L'obsolescenza dell'art. 603-bis c. p. e le nuove forme di sfruttamento lavorativo*, in *Labour&Law Issues*, 6, 2, 2020, 78 ss.; F. Menditto, *La nuova frontiera della bonifica delle aziende coinvolte in contesti illeciti: l'amministrazione giudiziaria* (art. 34, D.Lgs. n. 159/2011), in *Quest. giust.*, 24 giugno 2020; A. Esposito, *Gig economy e recupero della legalità*, in *Leg. pen.*, 31 luglio 2020.

(13) L'amministratore giudiziario viene incaricato di specifici compiti quali: (i) esaminare e riportare al Tribunale le iniziative attuate da Uber Italy S.r.l. a seguito della misura di prevenzione con specifico riguardo alla composizione degli organi amministrativi e dei rapporti contrattuali con i dipendenti e i terzi; (ii) assicurare la propria costante presenza presso la sede societaria e la partecipazione alle attività societarie; (iii) revisionare tutti i contratti in essere con i terzi operanti nel mercato del delivery verificando il loro rispetto delle prescrizioni legali oltre che di autorizzare la stipula di nuovi contratti con i *riders*; (iv) valutare l'atteggiamento assunto dalla società proposta e se la misura ha dispiegato gli effetti sperati (v. Trib. Milano, Sez. mis. prev., 28 maggio 2020, n. 9, cit., 59).

(14) Nel decreto del 3 marzo 2021 si valorizzano specifici interventi quali: la previa valutazione da parte dell'amministratore giudiziario di ogni ambito contrattuale, sia esso inerente i rapporti infragruppo, giuslavoristico o con terze parti; la nomina di un OdV collegiale (composto da un avvocato penalista, un sindaco e dal Responsabile della Conformità) di durata in carica sufficiente anche in ipotesi di revoca della misura; la mappatura di venti attività sensibili e l'adozione di relativi protocolli di prevenzione; l'adozione di uno specifico protocollo per i rapporti con i corrieri con previsione del divieto di utilizzo di fleet partner e di un obbligo di copertura assicurativa in caso di incidente; l'adozione di un protocollo salute, sicurezza sul lavoro e ambiente con specifiche previsioni in merito alla fornitura e all'utilizzo di DPI, in punto di formazione sulla sicurezza stradale, di alfabetizzazione e di monitoraggio dei sinistri. Trib. Milano, Sez. mis. prev., 3 marzo 2021, 8 ss.

(15) Trib. Milano, Sez. mis. prev., 28 maggio 2020, n. 9, cit., 56-57.

(16) Il medesimo percorso argomentativo si riscontra nel precedente caso Ceva Logistic Italia, del Trib. di Milano 9 aprile 2019, n. 59, cit., Sez. misure di prevenzione, in *Dir. pen. cont.*, 6, 2019, con nota di A. Merlo, *Il contrasto al caporalato grigio tra prevenzione e repressione*, *ivi*, in cui si afferma che, grazie alla clausola di manleva a favore della committente, Ceva Logistics Italia S.r.l. restava indenne da qualsiasi condotta illecita posta in essere delle cooperative appaltatrici, avvantaggiandosi di un costo del "lavoro" non congruo, (p. 42). Conclude quindi il Tribunale che "esistono numerosi elementi per ritenere che Ceva Logistics Italia srl fosse pienamente consapevole [...] dello sfruttamento lavorativo e reddituale realizzata dai gestori della rete" (p. 44). Anche qui, come si può notare dalle parole del Tribunale, l'amministrazione giudiziaria è stata applicata nonostante il riferimento alla "piena

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


Tuttavia, gli elementi probatori raccolti in fase di indagini denotavano una forte ingerenza di Uber Italy S.r.l. nella gestione dei *riders*, circostanza riconfermata in più occasioni.
Peraltro, lo stesso Tribunale di Prevenzione, nonostante l'applicazione della misura di cui all'art. 34, D.Lgs. n. 159/2011, ha sottolineato come si andasse ben oltre i termini di una condotta meramente agevolatrice (17). Nello stesso decreto, infatti, si sostiene che "risulta dunque palese come, di fatto, Uber indirizzasse e limitasse le capacità decisionali del fleet partner con ripercussioni sull'autonomia decisionale dei fattorini e in aperta contraddizione con quanto previsto sia nel contratto siglato tra Uber e FRC S.r.l. [...] e con la natura degli accordi di collaborazione occasionale sottoscritti dalla FRC con i vari *riders*" (18). Si riconosce, dunque, come fosse la stessa Uber Italy S.r.l. - per quanto schermata dalle intermediarie - a gestire direttamente il rapporto di lavoro con i *riders* (19).
Ne è riprova inconfutabile il fatto che, successivamente al procedimento di prevenzione, è stato avviato un procedimento di merito per il delitto di cui all'art. 603-*bis*, comma I, n. 2, c.p. nei confronti dell'amministratrice delegata di Uber Italy S.r.l. (20).
Dunque, se quest'ultima risultava direttamente coinvolta nella gestione dei *riders* e a suoi soggetti apicali è stato anche contestato il delitto di cui all'art. 603-*bis* c.p., si potrebbe dubitare della sussistenza dei presupposti per applicare l'art. 34, D.Lgs. n. 159/2011 nel caso concreto. Infatti, nel caso di specie non si trattava di mera "agevolazione" (esterna) di condotte delittuose altrui, ma di concorso nella commissione del reato da parte di Uber Italy S.r.l. Sarebbe quindi stato forse più corretto, ricorrendo i presupposti di cui agli artt. 5, 6, 7, D.Lgs. n. 231/2001, contestare a Uber Italy l'illecito amministrativo *ex* art. 25-*quinquies*, D.Lgs. n. 231/2001 (21) e non la misura di prevenzione suddetta, riservata alle realtà imprenditoriali rimaste estranee al reato.
Il legislatore ha concepito i due ambiti, D.Lgs. n. 231/2001 e D.Lgs. n. 159/2011, in modo da escludere, almeno in via tendenziale, una sovrapposizione operativa: nel primo caso, l'attività criminale è compiuta nell'interesse dell'impresa, nel secondo caso l'impresa è funzionale agli interessi criminali (22).

## Segue. L'obbligo di adozione del Modello 231 nella fase di prevenzione

Dall'analisi del provvedimento assunto dal Tribunale di Prevenzione appare evidente come un ruolo fondamentale per la revoca della misura l'abbia svolto l'adozione del Modello Organizzativo *ex* D.Lgs. n. 231/2001, i cui contenuti sembrano essere stati vagliati approfonditamente dal collegio giudicante, a detta del quale - a seguito dell'intervento di prevenzione - Uber Italy S.r.l. può "presentarsi sul mercato del *food delivery*, mercato caratterizzato ancora da zone di vasta irregolarità, con un nuovo Modello di gestione e organizzativo univocamente orientato a favorire situazioni di trasparenza e legalità nei rapporti negoziali e nella somministrazione dei servizi di *food delivery*, avendo svolto in tale prospettiva uno sforzo di programmazione ed economico di primaria rilevanza" (23).
Peraltro, la decisione del Tribunale di Prevenzione di imporre l'adozione di un Modello di concerto con

consapevolezza" da parte della committente delle condotte delittuose. Inoltre, da ultimo, in presenza dei medesimi presupposti fattuali, si riscontra il medesimo *modus operandi* in un caso riguardante un'impresa operante nel settore della logistica legata al mondo dell'ortofrutta, cfr. sul punto A. Merlo, *Contrastare lo sfruttamento del lavoro attraverso gli strumenti della prevenzione patrimoniale: "Adelante con juicio"*, cit.

(17) Trib. Milano, Sez. mis. prev., 28 maggio 2020, n. 9, cit., si fa riferimento a "un profilo di concorsualità o quantomeno di favoreggiamento" (p. 47-48). Inoltre, in relazione alla significativa ingerenza di Uber: "Uber forniva a Flash (intermediaria) precise 'indicazioni sul numero di fattorini cui era 'consentito' lavorare nelle fasce orarie in cui bisognava garantire la presenza di un adeguato numero di *riders* a garanzia del successo del servizio' [...] limitando l'accesso alla piattaforma negli slot orari meno performanti come la mattina o il pomeriggio in cui minori sono gli ordini da evadere"; inoltre, è emerso come Uber partecipasse, attraverso alcuni suoi dipendenti "a sanzionare i *riders* e di come, al di là delle apparenze, abbia inciso pesantemente sui turni di lavoro degli stessi" (p.14).

(18) Trib. Milano, Sez. mis. prev., 28 maggio 2020, n. 9, cit., 39.

(19) Se ciò è vero, dunque, sul piano giuslavoristico ne deriverebbe il riconoscimento della non genuinità dell'appalto di servizi stipulato tra Uber Italy e l'intermediaria, con la conseguente sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra i *riders* e Uber ai sensi dell'art. 29, comma 3-*bis*, D.Lgs. n. 276 del 2003, come rilevato anche da M. Barberio - V.Camurri, cit., 17 ss.

(20) Il 18 ottobre 2021, ha avuto inizio il processo nei confronti della manager di Uber Italy, che non ha scelto riti alternativi, nonché nei confronti di una società intermediaria per responsabilità da reato dell'ente *ex* D.Lgs. n. 231/2001.

(21) La L. n. 199/2016, che ha riformato l'art. 603 c.p., ha anche inserito il delitto in questione nel novero dei reati presupposto di cui all'art. 25-*quinquies*, D.Lgs. n. 231/2001 dalla cui commissione può derivare la responsabilità amministrativa dell'ente ove vengano accertati gli ulteriori elementi costitutivi dell'illecito 231. Cfr. in argomento A. de Sanctis - F. Scicolone, *Intermediazione illecita, sfruttamento del lavoro e responsabilità degli enti*, in *Riv. 231*, 1, 2017. V. anche più ampiamente V. Mongillo, Forced labour *e sfruttamento lavorativo nella catena di fornitura delle imprese: strategie globali di prevenzione e repressione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 3-4, 2019, 631 ss.

(22) Così M. Bontempelli, L*'accertamento penale alla prova della nuova prevenzione antimafia*, cit., 3.

(23) Trib. Milano, Sez. mis. prev., 3 marzo 2021, cit., 7.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


l'amministratore giudiziario non è isolata nel panorama milanese (24) e ben si comprende, in linea generale, come il Modello 231 venga visto come mezzo utilmente esperibile per indurre un'operazione di *self cleaning* - per quanto eterodiretta - dell'ente che agevola dall'esterno la commissione di un delitto (25).
Tuttavia, considerate le criticità emerse dall'adozione di tale "combinato disposto" (26) nel caso di specie, è necessario evidenziare quali fossero le alternative disponibili *ex lege* per ottenere i medesimi risultati. Infatti, in assenza dei presupposti di legge per l'applicazione della misura di prevenzione di cui all'art. 34, D.Lgs. n. 159/2011 essendo la società direttamente coinvolta nella commissione del reato, si sarebbero potuti adoperare altri strumenti per riportare comunque l'ente nei binari della legalità, ideati per i casi in cui è necessario contestare la responsabilità *ex crimine* dell'ente ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001.
Innanzitutto, vi è la possibilità di ricorrere allo strumento del commissariamento giudiziale previsto dall'art. 15, D.Lgs. n. 231/2001, esperibile anche in fase cautelare, laddove ricorrano le condizioni per l'applicazione di una sanzione interdittiva (27): in alternativa a tale sanzione, infatti, il giudice può decidere di nominare - appunto - un commissario giudiziale, nel caso in cui l'ente svolga un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità "la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività" oppure l'interruzione dell'attività dell'ente potrebbe avere "rilevanti ripercussioni sui livelli occupazionali" (28).
Inoltre, la riforma sopravvenuta con la L. n. 199/2016 ha introdotto all'art. 3 uno strumento *ad hoc*, funzionale a "ripulire" l'ente nella specifica ipotesi in cui si integri il delitto di sfruttamento di cui all'art. 603-*bis* c.p., ossia il controllo giudiziario dell'azienda attraverso la nomina di un amministratore giudiziario. La misura è applicabile in presenza dei presupposti per il sequestro preventivo dell'azienda *ex* art. 321 c.p.p., quando l'interruzione dell'attività imprenditoriale possa comportare ripercussioni negative sui livelli occupazionali e compromettere il valore economico del complesso aziendale (29).
Entrambe le misure, seppur con presupposti applicativi differenti, avrebbero consentito di giungere allo stesso risultato conseguito con l'art. 34, D.Lgs. n. 159/2011 nel contesto del procedimento di merito.
Ciò considerato, la scelta compiuta nel caso di specie di prescrivere l'adozione del Modello in sede di procedimento di prevenzione dimostra, in realtà, l'eterogenesi dei fini della misura inflitta all'ente.
Sembra, infatti, che l'intento perseguito sul piano giudiziario sia stato quello di giungere il più

(24) V. *supra* nt. 16.

(25) La possibilità di applicare il Modello non è esplicitamente prevista *ex* art. 34, D.Lgs. n. 159/2011 ma lo è nell'ipotesi del controllo giudiziario disciplinata dall'art. 34-*bis*, D.Lgs. n. 159/2011 in cui si fa riferimento alla possibilità di prescrivere l'adozione e l'attuazione di efficaci misure organizzative, anche ai sensi degli artt. 6, 7 e 24-*ter*, D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, e successive modificazioni. Come rilevato da F. Basile - E. Zuffada, cit., 190 ss., già prima dell'introduzione nell'ordinamento dell'istituto del controllo giudiziario *ex* art 34-*bis*, D.Lgs. n. 159/2011, che esplicitamente contempla *ex lege* la possibilità di prescrivere il Modello 231, alcune corti di merito avevano interpretato in maniera "evolutiva" l'art. 34, D.Lgs. n. 159/2011 e, sulla scorta del "Modello 231", avevano ridefinito l'amministrazione giudiziaria come una sorta di "tutoraggio" dell'impresa, disponendo che l'amministratore giudiziario - invece di sostituire il manager - si affiancasse ad esso guidandolo nel percorso di risanamento.

(26) Sul tema v. C. Santoriello - C. Rocca, *Il Modello di organizzazione gestione e controllo negli enti sottoposti a misure di prevenzione*, in *Riv. 231*, 1, 2021; M. Bontempelli, *L'accertamento penale alla prova della nuova prevenzione antimafia*, in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2018, 2 ss., che sottolinea come sia evidente l'assonanza tra le suddette misure di prevenzione e il background operativo del D.Lgs. n. 231/2001, che delinea un sistema volto alla prevenzione del rischio penale d'impresa; C. Visconti, *Il controllo giudiziario "volontario": una moderna messa alla prova aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, in *Dir. pen. cont.*, 23 settembre 2019.

(27) Si ricordi, infatti, che l'art. 25-*quinquies*, D.Lgs. n. 231/2001 prevede - tra le altre cose - che la società nel cui interesse o vantaggio sia stato commesso il delitto di cui all'art. 603-*bis* c.p. è soggetta alla sospensione dell'attività durata non inferiore ad 1 anno e, laddove si accerti che l'ente sia stato utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione del reato, all'interdizione definitiva dall'attività. Le condizioni generali di applicabilità della sanzione interdittiva sono invece previste all'art. 13, D.Lgs. n. 231/2001: si richiede, in particolare, che l'ente abbia tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione quando, in questo caso, la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative; inoltre, è applicabile in caso di reiterazione degli illeciti.

(28) Per un inquadramento del profilo differenziale tra gli strumenti preventivi *ex* artt. 34 e 34-*bis*, D.Lgs. n. 159/2011 e l'art. 15, D.Lgs. n. 231/2001 v. M. Bontempelli, *L'accertamento penale alla prova della nuova prevenzione antimafia*, cit., che sottolinea come sia evidente l'assonanza tra le suddette misure di prevenzione è il *background* operativo del D.Lgs. n. 231/2001, che delinea un sistema volto alla prevenzione del rischio penale d'impresa; in tema v. anche C. Visconti, *Il controllo giudiziario "volontario": una moderna messa alla prova aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, in *Dir. pen. cont.*, 23 settembre 2019.

(29) Si tratta di una misura di competenza dell'autorità giudiziaria procedente per il reato, che prevede la nomina di un amministratore giudiziario in alternativa al sequestro dell'azienda, che, analogamente all'art. 34, D.Lgs. n. 159/2011, consiste in un affiancamento dell'imprenditore nell'adempimento di specifiche prescrizioni legislative ed è esperibile già in fase cautelare al fine di impedire che si verifichino situazioni di grave sfruttamento lavorativo. Cfr. sul punto A. Merlo, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e del caporalato dai braccianti ai riders. La fattispecie dell'art. 603* bis *c.p. e il ruolo del diritto penale*, Torino, 2020, 101 s.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


rapidamente possibile al risultato di imporre il commissariamento e la conseguente adozione di un modello di organizzazione e gestione funzionale alla prevenzione del reato di cui all'art. 603-*bis* c.p., ma "aggirando" l'attivazione del procedimento per responsabilità amministrativa da reato dell'ente, con "buona pace" delle garanzie sostanziali e processuali. In sostanza, l'art. 34, D.Lgs. n. 159/2011 è utilizzato per ottenere lo stesso risultato - al netto della sanzione punitiva pecuniaria - che sarebbe stato imposto attraverso il più farraginoso meccanismo del D.Lgs. n. 231/2001. In questo senso, si registra una evidente sovrapposizione funzionale tra procedimento di prevenzione e procedimento punitivo degli enti collettivi; potendo 'scegliere' tra i due, ovviamente il primo presenta caratteristiche di efficienza ed immediatezza che lo rendono certamente il mezzo migliore per raggiungere lo (stesso) scopo.

Ebbene, se esigenze efficientiste rendono comprensibile il ricorso alla clausola dell'agevolazione (esterna) *ex* art. 34, D.Lgs. n. 159/2011, non si può ignorare che la ricostruzione fattuale, già emersa in fase d'indagini e in seguito confermata anche in fase di merito, rivelava chiaramente una posizione (non di mera agevolazione) ma di diretta responsabilità della società - ai sensi dei criteri imputativi degli artt. 5 ss., D.Lgs. n. 231/2001 - nella commissione del delitto (30).

L'adozione del Modello 231 in sede di prevenzione sarebbe giustificabile nei casi in cui si voglia ottenere la "bonifica" di un'impresa rimasta estraneo al reato, purché, appunto, si sia effettivamente limitata all'agevolazione di condotte delittuose altrui e non vi siano elementi tali da ritenere sussistente un coinvolgimento diretto degli intranei. In tale ipotesi, in effetti, in assenza di una disciplina organica della responsabilità da reato dell'ente nel contesto del gruppo di imprese, l'art. 34 potrebbe essere utilmente esperito per evitare l'immunità di fatto delle controllanti, che costituiscono l'apice della catena di sfruttamento (31), laddove non sia possibile "risalire" all'utilizzatore finale della manodopera applicando i criteri di imputazione della responsabilità da reato di cui al D.Lgs. n. 231/2001.

In altri termini, la clausola dell'agevolazione consentirebbe all'autorità giudiziaria di instaurare un dialogo preventivo (32) con il vertice della *supply chain* rimasto formalmente estraneo al reato, favorendo una politica d'impresa virtuosa anche attraverso l'adozione di un Modello organizzativo volto a prevenire reati afferenti a tale ambito (33).

È proprio in una simile circostanza che si apprezzerebbero, dunque, le potenzialità del ricorso all'amministrazione giudiziaria in "combinato disposto" con l'adozione di un Modello 231: in presenza di "agevolazione" (esterna) del reato di cui all'art. 603-*bis* c.p. Al contrario, il ricorso ad uno strumento - per definizione più rapido - come la misura di prevenzione, al fine di 'bonificare' il prima possibile l'impresa, non trova alcun fondamento legale laddove vi sia un diretto coinvolgimento dell'impresa nella commissione del reato, ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001. In questo caso occorre ribadire che il pubblico ministero è tenuto, ove ve ne siano i presupposti, ad applicare la disciplina punitiva degli enti, coerentemente i vincoli di legalità dell'ordinamento penale nonché di obbligatorietà dell'azione (34). Il caso di specie rappresenta, invece, l'ennesima dimostrazione che gli uffici di procura concepiscono l'azione contro l'ente in chiave di discrezionalità *de facto* (35).

(30) Come rilevato anche da M. Barberio - V. Camurri, cit., 17 ss.

(31) Sulla necessità di colpire l'apice della catena v. V. Mongillo, Forced labour *e sfruttamento lavorativo nella catena di fornitura delle imprese: strategie globali di prevenzione e repressione*, cit., 631 ss.; V. Torre, *L'obsolescenza dell'art. 603*-bis *c.p. e le nuove forme di sfruttamento lavorativo*, cit., 78 ss.

(32) Peraltro, si noti incidentalmente come la redazione del Modello di concerto con l'autorità pubblica rappresenta un interessante esempio di partnership pubblico-privato che potrebbe contribuire ad aumentare le esigenze di certezza nella ricerca di standard di riferimento che garantiscano agli enti una maggiore prevedibilità nell'accertamento giudiziale dell'idoneità del Modello in relazione alla colpa di organizzazione *ex* art. 6, D.Lgs. n. 231/2001, questione ancora oggetto di discussione. Per una ricognizione delle varie posizioni in argomento si consenta il rinvio a F. Vitarelli, *Prospettive di partnership pubblico-privato nel processo di "positivizzazione" degli standard per l'autonormazione degli enti*, in A. Gullo - V. Militello - T. Rafaraci, *I nuovi volti del sistema penale fra cooperazione pubblico-privato e meccanismi di integrazione fra* hard law *e* soft law, Atti del X corso di Formazione interdottorale di Diritto e Procedura Penale "Giuliano Vassalli" per Dottorandi e Dottori di ricerca - VII convegno sezione giovani penalisti AIDP, Milano 2021, 265-284.

(33) Cionondimeno, l'auspicio resta quello rendere le imprese "di vertice" maggiormente sensibili ad un'effettiva politica virtuosa volta a scongiurare episodi di sfruttamento attraverso alternative informali e non coercitive, prima dell'insorgenza effettiva del rischio penale. Cfr. sul punto V. Mongillo, Forced labour *e sfruttamento lavorativo nella catena di fornitura delle imprese: strategie globali di prevenzione e repressione*, cit., 631 ss.; A. Esposito, *Gig economy e recupero della legalità*, cit., 1 ss.

(34) Il meccanismo di archiviazione *ex* art. 58, D.Lgs. n. 231/2001, peraltro, si discosta dalla disciplina ordinaria, non prevedendo il controllo del G.I.P. sul decreto del pubblico ministero. In senso critico, la dottrina processualistica ha evidenziato il sotteso rischio di dismissione dell'obbligo costituzionalmente imposto di esercizio dell'azione penale. In questo senso v. G. Spangher, *La pratica nel processo penale*, I, Padova, 2012, 490; P. Ferrua, Il *processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in G. Garuti (a cura di), Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato, Padova, 2002, 225 ss.

(35) Sulla tendenza verso una discrezionalità *de facto* dell'azione contro l'ente v. per tutti V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, 304 e 363 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


## Un nuovo ambito di operatività dell'art. 603-*bis* c.p.?

Come anticipato, sebbene la fase di merito sia solo in parte conclusa, è già possibile muovere alcune considerazioni sull'operatività del delitto di sfruttamento del lavoro, così come riformato dalla L. n. 199 del 2016 (36), nell'inedito contesto della "gig-economy". Nel 2021 sono state definite, con riti alternativi, le posizioni dei gestori delle intermediarie per il reato di "caporalato" di cui all'art. 603-*bis*, comma I, n. 1, c.p. (37). Al contempo, ha avuto inizio il processo nei confronti della manager di Uber Italy S.r.l., a sua volta accusata di sfruttamento del lavoro *ex* art. 603-*bis*, comma I, n. 2, c.p., che ha scelto di proseguire con rito ordinario. Allo stato degli atti, risulta dunque provato che i vertici delle intermediarie reclutassero *riders* incaricati di trasportare a domicilio prodotti alimentari, assumendoli per poi destinarli al lavoro presso il gruppo Uber in condizioni di sfruttamento, approfittando del loro stato di bisogno (38).

Soffermandoci sulla sentenza emessa in abbreviato (39), il giudice di merito conferma la ricostruzione emersa sia in fase di indagini, sia nel procedimento di prevenzione, ritenendo applicabile la fattispecie di cui all'art. 603-*bis* c.p. in relazione al lavoro prestato dai *riders* tramite piattaforme digitali; in particolare, al fine di giustificare l'estensione dell'ambito di operatività dell'art. 603-*bis* c.p. in un contesto nuovo (40), dapprima si ricostruisce la natura della norma in esame, per poi analizzarne gli elementi costitutivi, richiamando gli orientamenti giurisprudenziali pervenuti a seguito dell'importante riforma intervenuta nel 2016.

Anzitutto, il Tribunale traccia un confine tra la "precomprensione" di un fenomeno e l'interpretazione della norma penale: a prescindere dal sentire comune, che associa il reato in questione alle attività svolte in agricoltura, la condotta incriminata è riscontrabile anche in ambiti diversi, come il settore industriale e quello dei servizi. Dunque, al reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro deve riconoscersi un ambito di applicazione ben più ampio rispetto a quello che sul piano criminologico gli viene attribuito. La norma, infatti, mira a reprimere tutte le condotte di c.d. "caporalato grigio", cioè forme di sfruttamento lavorativo che si celano dietro una parvenza di legalità del rapporto di lavoro e che non implicano il totale assoggettamento del lavoratore, elemento che integrerebbe la più grave fattispecie di cui all'art. 600 c.p. (41).

Il Tribunale si sofferma poi sui due elementi tipici su cui ruota la fattispecie, la condizione di sfruttamento e l'approfittamento dello stato di bisogno, fornendo alcune importanti puntualizzazioni sul piano interpretativo.

Quanto al primo profilo, la sentenza di esame ha correttamente riconosciuto la presenza delle condizioni di sfruttamento *ex* art. 603-*bis* c.p. a prescindere dall'usuale riferimento alla retribuzione al di sotto

(36) L'art. 603-*bis* c.p. stato introdotto con il D.L. n. 138/2011, conv. in L. n. 148/2011 a fronte della crescente consapevolezza del problema sociale esistente a seguito del noto sciopero di Nardò del 2011, la prima rivolta dei braccianti agricoli contro lo sfruttamento guidata da Yvan Sagnet, che ha contribuito all'emersione del fenomeno. Con la L. 29 ottobre 2016, n. 199 il legislatore ha riformulato la fattispecie, ampliandone indubbiamente l'ambito applicativo sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo. Rispetto alla formulazione antecedente, viene punita non solo la condotta di "reclutamento", bensì anche quella "diretta" di utilizzazione, assunzione e impiego di manodopera anche mediante reclutamento. L'art. 603-*bis* c.p. viene quindi riscritto e, come auspicato, si individuano chiaramente due distinte fattispecie penalmente, l'una riguardante il caporale, l'altra il datore di lavoro, non lasciando dubbi sulla perseguibilità di quest'ultimo. Per un raffronto tra vecchia e nuova formulazione si consenta il rinvio a F. Vitarelli, *Commento agli artt. 603.*bis *c.p., 603.*bis *1 c.p., 603.*bis *2 c.p.*, in T. Padovani (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2019, 4130-4145. Per una ricognizione completa della giurisprudenza in materia, v. A. Merlo, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e del caporalato dai braccianti ai* riders. *La fattispecie dell'art. 603* bis *c.p. e il ruolo del diritto penale*, cit.

(37) Trib. Milano, Sez. GIP/GUP, 5 luglio 2021, sentenza di applicazione della pena su richiesta dei confronti di altri due gestori delle società intermediarie; Trib. Milano, Sez. GIP/GUP, 15 ottobre 2021 sentenza di condanna in rito abbreviato nei confronti di un altro gestore delle intermediarie.

(38) Nel corso della motivazione della sentenza emessa in abbreviato, si supponeva la piena consapevolezza da parte dei vertici di Uber Italy della situazione di sfruttamento lavorativo e reddituale realizzata dalle intermediarie, che sarà eventualmente confermata al termine del procedimento in atto nei confronti della manager della società. Citando la sentenza emessa in abbreviato Trib. Milano, Sez. GIP/GUP, 15 ottobre 2021, 88: "Appare evidente che fosse la stessa (...) [*manager* di Uber Italy] ad incoraggiare il suo interlocutore ad impostare il rapporto con i *riders* affinché si connettessero solo quando a UBER conveniva, adottando metodi di sorveglianza (disconnettendo i *riders* dall'applicazione quando non serviva) e di pagamento (incidendo sulla propria autonomia lavorativa: '*loro per mangiare devono connettersi la sera*'), approfittando, quindi del loro stato di bisogno".

(39) Trib. Milano, Sez. GIP/GUP, 15 ottobre 2021.

(40) Già v. Trib. Milano, Sez. mis. prev., decreto 7 maggio 2019, n. 59, Roia, Ceva Logistic Italia S.r.l., in cui per la prima volta Tribunale di Milano aveva disposto l'amministrazione giudiziaria nei confronti di un'impresa multinazionale che opera nel settore della logistica in relazione all'agevolazione del reato di cui all'art. 603-*bis* c.p, in *Dir. pen. cont.*, 6, 2019, con nota di A. Merlo, *Il contrasto al caporalato grigio tra prevenzione e repressione*, *ivi*. Da ultimo, la medesima misura, quanto a presupposti e contenuti, è stata adottata nei confronti di un'impresa operante nel settore della logistica legata al mondo dell'ortofrutta, cfr. per una riflessione critica A. Merlo, *Contrastare lo sfruttamento del lavoro attraverso gli strumenti della prevenzione patrimoniale: "Adelante con juicio"*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1, 2022, 173 ss.

(41) Cfr. Trib. Milano, Sez. GIP/GUP, 15 ottobre 2021, 125-127.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


degli standard, che è solo uno degli "indici" (42) sintomatici dell'elemento costitutivo in esame elencati dalla norma. Si dà, infatti, maggiore rilevanza anche ad altre forme di sopraffazione, inerenti al trattamento complessivamente riservato ai lavoratori che va a mortificare la loro dignità.

Quanto al secondo profilo, ulteriore merito della decisione in esame consiste nell'aver valorizzato il requisito dell'approfittamento dello stato di bisogno, che spesso nella giurisprudenza precedente è rimasto sullo sfondo (43) e che invece necessita di autonomo e motivato accertamento, mettendo in evidenza come la condizione di vulnerabilità e il forte isolamento sociale dei *riders* reclutati siano stati strumentalizzati per imporre condizioni di ingaggio e lavorative particolarmente svantaggiose.

Si conferma così la lettura, già emersa in dottrina (44), secondo cui per integrare il reato di cui all'art. 603-*bis* c.p. occorre un riscontro oggettivo di una condotta di abuso diversa e ulteriore rispetto alle condizioni di sfruttamento. In particolare, il giudice, al fine di inquadrare il requisito in esame, pone particolare attenzione alla scelta lessicale del legislatore, che non ha fatto riferimento alla nozione, definita al livello internazionale, di condizione di "vulnerabilità", ma allo "stato di bisogno": da ciò conseguirebbe che, diversamente dalla definizione generale internazionalmente attestata di condizione di vulnerabilità, ai fini dell'integrazione di tale condizione non rileva l'impossibilità di trovare risorse alternative (45), ma sarebbe necessario e sufficiente dar conto di una mancanza di mezzi di sussistenza come presupposto per soccombere ad un assoggettamento personale (46).

Il disvalore ruota, pertanto, intorno a questi due elementi: il lavoro prestato in condizioni di sfruttamento e l'approfittamento dello stato di bisogno, che devono essere intesi in stretta connessione tra loro, costituendo la situazione di vulnerabilità di chi versa in stato di bisogno il presupposto della condotta approfittatrice del soggetto agente (47).

L'analisi della sentenza emessa in sede di abbreviato conferma dunque la nuova funzionalità della fattispecie, che può trovare pieno riscontro anche nell'ambito della "gig-economy", laddove siano state accertate le condizioni di sfruttamento e di approfittamento dello stato di bisogno dei lavoratori, che in tale contesto sembrano essere agevolate dall'assenza di una specifica regolamentazione dei rapporti di lavoro, connotati dalla "smaterializzazione" e dalla gestione tramite applicazioni informatiche e digitali (48). L'art. 603-*bis* c.p. si manifesta dunque perfettamente idoneo ad inquadrare la vicenda in esame, pur caratterizzata da una forma occulta e

(42) Sebbene si ricordi che "Ai fini dell'integrazione del delitto di cui all'art. 603-*bis* c.p., è sufficiente la sussistenza anche di uno soltanto degli indici dello sfruttamento presenti nella disposizione". Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 12 gennaio 2018, n. 17939, ma anche Cass. Pen., Sez. IV, 2 febbraio 2021, n. 6905.

(43) Dalla giurisprudenza in materia emerge una tendenza a fagocitare tale requisito mediante un improprio automatismo presuntivo per il quale lo stato di bisogno sarebbe da considerarsi *in re ipsa* ogni qualvolta il lavoratore accetta condizioni di lavoro al di sotto degli standard. Per un'analisi della giurisprudenza recente, cfr. A. Merlo, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e del caporalato dai braccianti ai* riders, cit., 83 ss. e v. da ultimo Cass. Pen., Sez. IV, 11 dicembre 2021, n. 45615 e Cass. Pen., Sez. IV, 11 dicembre 2021, n. 7861, in *Sist. pen.*, 5 aprile 2022, in cui si valorizza l'accertamento autonomo dello stato di bisogno, con nota di F. Vitarelli, *La Cassazione sull'ambito di operatività del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603* bis *c.p.)*, *ivi*.

(44) Sul punto in dottrina v. in particolare, A. di Martino, *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, cit. in *Arch. pen.*, 1, 2019.

(45) Cfr. Trib. Milano, Sez. GIP/GUP, 15 ottobre 2021, 124: "Occorre sottolineare che nell'art. 603 *bis* c.p., il legislatore ha scelto di utilizzare la locuzione 'stato di bisogno', già usata nel nostro ordinamento con riferimento ad istituti civilistici ed altri reati (quali, ad esempio, l'usura nell'originaria configurazione), e non quella 'posizione di vulnerabilità', di matrice sovranazionale (cfr. art. 3 del Protocollo di Palermo in materia di tratta di persone; art. 2, Dir. 2011/36/EU), che, nell'art. 1 della decisione del Consiglio CEE 19 luglio 2002, n. 629, sulla lotta alla tratta degli esseri umani, viene definita come quella situazione in cui la persona non abbia altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima. Al contrario, nella formulazione dell'art. 600 c.p., (riduzione o mantenimento in schiavitù e servitù), si è fatto espressamente riferimento alla 'posizione di vulnerabilità' della vittima". Per un confine tra le due fattispecie v. Corte Assise Lecce 13 luglio 2017, n. 2, in *Giur. it.*, 2018, 7, 1703 ss., con nota di G. Morgante, *Caporalato, schiavitù e crimine organizzato verso corrispondenze (quasi) biunivoche*, *ivi*.

(46) In giurisprudenza si è inteso l'approfittamento dello stato di bisogno come la condotta di chi consapevolmente prospetta condizioni di lavoro in termini di sfruttamento ad un soggetto del quale si conosce la situazione di "alternativa bloccata" fra accettare quelle condizioni e non lavorare e dunque trovarsi in situazione di grave difficoltà, anche temporanea, che induce ad accettare delle situazioni di lavoro particolarmente svantaggiose. Cfr. Cass. Pen. 16 marzo 2021, n. 24441 e Cass. Pen. 17 giugno 2015, n. 30988, in *D&G*, 29, 2015, 11 ss., con nota di P. Grillo, *Le "nuove" forme di schiavitù al vaglio della Suprema Corte*, *ivi*. In dottrina cfr. S. Fiore, *(Dignità degli) uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013, 885 s.; A. di Martino, *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, cit.; S. Orlando, *Il delitto di "caporalato" tra diritti minimi della persona e tutela del mercato del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3-4, 2020, 622 ss.

(47) Cfr. Trib. Milano, Sez. GIP/GUP, 15 ottobre 2021, 121.

(48) Cfr. Trib. Milano, Sez. GIP/GUP, 15 ottobre 2021, 125.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


celata di sfruttamento: accertata - anche attraverso il ricorso agli indici sintomatici (49) - la sussistenza dei suoi elementi costitutivi, l'estensione dell'ambito di operatività della norma non va a pregiudicare la fedeltà al tipo legale (50).
L'esito applicativo cui si è pervenuti non fa dunque che confermare, più in generale, come l'art. 603-*bis* c. p. si configuri come un reato contro lo sfruttamento del lavoratore (51), con un ambito di operatività molto più esteso rispetto allo specifico contesto del caporalato agricolo che ne ha ispirato l'originaria l'introduzione, potendo trovare applicazione in qualsiasi settore economico (52).

## Segue. La funzione di "orientamento probatorio" degli indici di sfruttamento

L'individuazione di tale nuovo ambito di operatività della norma ha indotto il giudice di merito a soffermarsi sulla funzione degli indici di sfruttamento elencati all'interno dell'art. 603-*bis* c.p.

A parere del Tribunale, gli indici sono "sintomi", meri indizi - o "indicatori" - dell'esistenza dei fatti oggetto di incriminazione, aventi la funzione di "orientamento probatorio" per il giudice (53), ma non si identificano con gli elementi costitutivi del reato ed è per tale ragione che non avrebbe alcun fondamento il rilievo critico circa l'asserito difetto di determinatezza della norma che li descrive o circa la loro presunta incompletezza (54).
Al contrario, l'innovativa tecnica di "tipizzazione mediante indici" si è rivelata particolarmente efficace per far fronte ad un fenomeno sociale complesso (55) come lo sfruttamento lavorativo, che, di per sé inidoneo a essere definito "ontologicamente", può essere individuato in concreto attraverso il ricorso a indicatori esterni, che consentano di riconoscere le sue molteplici e sempre cangianti forme di manifestazione (56), salva la fedeltà al "nucleo di tipicità" della fattispecie.

(49) Gli indici si riferiscono all'elemento costitutivo della condizione di sfruttamento, ma non allo stato di bisogno. Sulla necessità di ancorare questo requisito a parametri oggettivi, conformemente al principio di materialità, v. G. Morgante, *Caporalato, schiavitù e crimine organizzato verso corrispondenze (quasi) biunivoche*, cit., e A. di Martino, *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, cit., che, data l'intrinseca indeterminatezza del requisito dello stato di bisogno, propone di replicare per questo elemento costitutivo la tipizzazione mediante indici, in questo caso "indici di vulnerabilità", così come avvenuto per gli indici di sfruttamento.

(50) Di diverso avviso V. Torre, *L'obsolescenza dell'art. 603*-bis *c.p. e le nuove forme di sfruttamento lavorativo*, 78 ss.

(51) È stato giustamente sottolineato che tale norma, pur avendo ad oggetto rapporti di lavoro, non può essere catalogata come "norma di diritto penale del lavoro", ma sarebbe forse da ascrivere alla tutela delle "precondizioni essenziali per l'operatività di tutte le disposizioni di diritto penale del lavoro" in quanto assurge a baluardo di elementari condizioni di dignità, peraltro costituzionalmente protette (artt. 4 e 36 Cost.), senza il rispetto delle quali non soltanto un rapporto di lavoro non potrebbe essere considerato lecito, ma in realtà non sarebbe neppure propriamente tale, costituendo invece per l'appunto uno "sfruttamento". In questi termini A. di Martino, *La nuova disciplina del cd. Caporalato*, cit., 6. Cfr. sul tema S. Orlando, *Il delitto di "caporalato" tra diritti minimi della persona e tutela del mercato del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3-4, 2020, 622 ss.

(52) Peraltro, la scelta fatta dal legislatore italiano di inserire una previsione ad hoc contro lo sfruttamento lavorativo si pone pienamente in linea con le esigenze di tutela delle vittime vulnerabili di sfruttamento manifestate dalla più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di lavoro forzato o obbligatorio *ex* art. 4 CEDU. Infatti, anche in tale contesto, grazie ad una interpretazione teleologica delle fonti internazionali in tema di lavoro forzato, si registra la tendenza a dare autonomo rilievo a fenomeni di sfruttamento che pure non implichino un totale annullamento della volontà del soggetto coinvolto e a rescindere dalla correlazione con la tratta di esseri umani V. Da ultimo C. Edu, Grande Camera, 25 giugno 2020, *S.M. c. Croazia*, con nota di F. Vitarelli, *La Grande Camera estende l'ambito di operatività dell'art. 4 Cedu: verso una sempre maggiore tutela delle vittime vulnerabili in contesti di sfruttamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2020, 2116 ss.

(53) Come di recente confermato da Cass. Pen. 2021, 11 dicembre 2021, n. 45615 e Cass. Pen. 2021, 11 dicembre 2021, n. 7861, cit., in *Sist. pen.*; Cass. Pen. 22 dicembre 2021, n. 46842, v. già Cass. Pen. 12 maggio 2021, n. 25756 e Cass. Pen. 18 marzo 2021, n. 10554, in *Giust. pen.*, 2, 2022, con nota di M. Riccardi, *Dai sintomi alla patologia. Anamnesi del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, *ivi*. In dottrina, in tal senso, già A. di Martino, *"Caporalato" e repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata*, cit., 83 ss., il quale sottolinea come una ricostruzione della funzione di tali indici in termini di orientamento probatorio consentirebbe di ridimensionare le accuse di indeterminatezza ad essi rivolte; S. Fiore, *(Dignità degli) uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Scritti in onore di A.M. Stile*, Napoli, 2013, 886 s., il quale ritiene che la tipizzazione attraverso i suddetti indici avvenga attraverso la selezione di ambiti probatori predefiniti.

(54) Cfr. Trib. Milano, Sez. GIP/GUP, 15 ottobre 2021, 122. Si conferma dunque la chiave di lettura fornita in dottrina, laddove si era parlato, in relazione a tale tecnica normativa, di tipicità "dinamica" o "di contesto", v. A. di Martino, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603*-bis *c.p.*, cit. Id., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Bologna, 2019.

(55) Parte della scienza penalistica concorda nel rilevare che la tradizionale tecnica di tipizzazione statica e astratta della fattispecie di derivazione germanica, che ha sempre orientato il giurista di *civil law* e che pone i presupposti per la distinzione tra creazione e interpretazione del diritto, incontra dei limiti quando si confronta con fenomeni sociali complessi. Cfr. in argomento C.E. Paliero, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2014.

(56) La nozione di sfruttamento sarebbe inquadrabile, per le sue caratteristiche, nella categoria dei "concetti disposizionali", definibili solo mediante indicatori. Per una trasposizione della categoria teoria dei concetti disposizionali nella riflessione giuridica v. U. Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1959 e sulla rilevanza "disposizionale" degli indicatori nel contesto del diritto penale W. Hassemer, *Caratteristiche del dolo*, in *Ind. pen.*, 1991, 3, 497 ss.; C. Mylonopoulos,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


Una siffatta tecnica "dinamica" (57) di redazione della norma consente di orientare *ex ante* l'attività ermeneutica del giudice e - ancora prima - l'attività di indagine (58), evitando un mero appiattamento acritico sul contesto che tradizionalmente l'immaginario collettivo associa a tale reato e favorendo l'adeguamento della fattispecie ad una realtà socio-economica in continua evoluzione; un adeguamento ermeneutico senz'altro ammissibile ed anzi auspicabile purché l'interpretazione estensiva si muova entro la cornice tracciata dal legislatore, conformemente alle esigenze di legalità costituzionale e convenzionale (59).

*Komparative un Dispositionsbegriffe im Stafecht*, Frankfurt, 1998, 77 ss.; K. Volk, *Sistema penale e criminalità economica*, Napoli, 1998.

(57) Così A. di Martino, *La nuova disciplina del cd. Caporalato*, cit., 5, nonché Id., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-*bis *c.p.*, cit. Id., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Bologna, 2019.

(58) Come rileva lo stesso giudice nel caso di specie, Trib. Milano, Sez. GIP/GUP, 15 ottobre 2021, 122, laddove afferma che "L'elencazione degli indici di sfruttamento orienta l'indagine e l'accertamento in quei settori (retribuzione, condizioni di lavoro, condizioni alloggiative, ecc.) che rappresentano gli ambiti privilegiati di emersione di condotte di sfruttamento e di approfittamento".

(59) Peraltro, la scelta fatta dal legislatore italiano di inserire una previsione *ad hoc* contro lo sfruttamento lavorativo si pone pienamente in linea con le esigenze di tutela delle vittime vulnerabili di sfruttamento manifestate dalla più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di lavoro forzato o obbligatorio *ex* art. 4 CEDU. Infatti, anche in tale contesto, grazie ad una interpretazione teleologica delle fonti internazionali in tema di lavoro forzato, si registra la tendenza a dare autonomo rilievo a fenomeni di sfruttamento che pure non implichino un totale annullamento della volontà del soggetto coinvolto e a rescindere dalla correlazione con la tratta di esseri umani V. Da ultimo Corte Edu, Grande Camera, 25 giugno 2020, *S.M. c. Croazia*, con nota di F. Vitarelli, *La Grande Camera estende l'ambito di operatività dell'art. 4 Cedu: verso una sempre maggiore tutela delle vittime vulnerabili in contesti di sfruttamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2020, 2116 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


Rapporti di cambio incongrui

# La tutela dell'azionista da rapporti di cambio incongrui. Un'analisi comparatistica sull'effettività dei rimedi

di Nicola de Luca e Luca Troisi (*)

L'articolo pone in evidenza il problema del difetto - negli ordinamenti europei - di una tutela effettiva dell'azionista di minoranza che, nell'ambito di una fusione, lamenti di aver subito un pregiudizio dall'errata determinazione del rapporto di cambio. Al riguardo è interessante, in particolare, il confronto con la diversa e necessaria soluzione individuata dall'ordinamento americano che consente al socio dissenziente la possibilità di ottenere, quantomeno, il pagamento in danaro del *fair value* delle proprie azioni. Soluzione questa che in Italia è permessa solo quando la fusione sia, eccezionalmente, anche causa di recesso. Si evidenzia così la distonia di sistema - che trova origine nelle direttive europee di riferimento - che pur non consentendo la revisione giudiziale del rapporto di cambio, su cui poi si fonda la determinazione del valore di recesso, consente tuttavia la revisione di quest'ultimo.
*The piece highlights the lack of an effective protection in the European legal systems of the minority shareholders adversely affected by a merger based on an incorrect determination of the share exchange ratio. A certainly more effective remedy consists in the appraisal right granted by the US legal system to dissenting shareholders: by exercising such a right, dissenting shareholders are entitled to receive the cash payment of the fair value of their shares. Such a solution is granted in the Italian legal system only in exceptional cases, where a merger is also grounds for shareholders' withdrawal. The Authors highlight the inconsistency of such a solution - originating from the drafting of EU directives on merger - which does not allow the judicial review of the exchange ratio, on which the determination of the withdrawal value is then based, but allows the review of this last.*

## Il problema

Nell'ambito delle fusioni societarie - operazioni straordinarie che consentono di unificare anche giuridicamente più patrimoni produttivi, cioè aziende, altrimenti autonomi - un profilo particolarmente importante e delicato è quello della tutela degli azionisti: la realizzazione di siffatte operazioni, infatti, comporta generalmente modifiche all'organizzazione delle società partecipanti all'operazione, che potrebbero essere potenzialmente pregiudizievoli per alcuni di essi, soprattutto in caso di fusione per incorporazione. E poiché la fusione è approvata a maggioranza dei soci, quando si parla di tutela degli azionisti si fa più specifico riferimento agli azionisti di minoranza. La fusione si attua, nella prospettiva degli azionisti, attraverso un cambio tra azioni da loro possedute nella società procedente e azioni della società

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee. Sono riferibili a Nicola de Luca gli ultimi due paragrafi, i quali traggono spunto dalla relazione (che per un lieto evento impeditivo non è stata) presentata alla tavola rotonda sul tema *Il diritto societario europeo e i diritti nazionali: i problemi aperti*, svoltasi a Courmayeur il 23/24 settembre 2022, nell'ambito del XXV convegno di studio promosso dalla Fondazione Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale-CNPDS, dedicato al tema: *Il diritto societario europeo. Quo vadis?* Sono attribuibili a Luca Troisi i due paragrafi centrali, i quali costituiscono rielaborazione e adattamento al caso di parte della tesi di laurea in *European Business and Company Law*, Relatore il prof. de Luca, discussa il 15 luglio 2022, e dichiarata meritevole di pubblicazione, denominata *La tutela degli azionisti nelle fusioni domestiche e transfrontaliere: il caso Antonveneta-Bna*, in *http://tesi.luiss.it/*. Il paragrafo introduttivo è riferibile a entrambi gli autori.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


risultante dalla fusione (1). Se la fusione è per incorporazione, e l'incorporante è il socio maggioritario dell'incorporanda, vengono cambiate le sole azioni possedute dagli altri azionisti. Così, se Alfa è titolare di 9 azioni (su 10) in Beta e la residua azione è di Tizio, la fusione per incorporazione di Beta in Alfa (interamente posseduta da Caio) dovrà determinare il rapporto in forza del quale Tizio ha diritto a ricevere azioni di Alfa in cambio di quelle possedute in Beta. Alfa, al contrario, non cambierà le azioni che possiede in Beta con proprie azioni, perché ciò è escluso dall'art. 2504-*ter* c.c. (2). Per potere eseguire la fusione dovrà, dunque, aumentare il proprio capitale a vantaggio di Tizio, con l'effetto di diluire Caio. Ad esempio, se il capitale ante fusione di Alfa era diviso in 90 azioni (dal nominale di 10.000 euro), per effetto della fusione lo stesso potrebbe essere diviso in 100 azioni (sempre dal nominale di 10.000 euro), di cui una da assegnare a Tizio. In questo caso, si dice che il rapporto di cambio è alla pari: per una azione di Beta, Tizio ha diritto a una azione di Alfa (risultante dalla fusione). Ciò dovrebbe anche significare che, per Tizio, possedere un'azione di Beta (dal valore nominale di 10.000 euro) o un'azione di Alfa incorporante Beta (dal valore nominale di 10.000 euro), è equivalente. Allo stesso modo, per Caio, possedere 90 azioni di Alfa che partecipa Beta al 90% o possedere 99 azioni di Alfa che incorpora Beta, è (o dovrebbe essere) equivalente.

I rapporti assai elementari appena esposti sono molto più complicati nella realtà. Infatti, non solo non è detto che il valore nominale delle azioni di Alfa e Beta coincida, ma neppure è detto che a valori nominali eguali corrispondano azioni di pari valore reale o effettivo e, quindi, da cambiare "alla pari" (3). Basti pensare che Alfa potrebbe avere un patrimonio netto doppio rispetto al capitale, mentre Beta ha un patrimonio netto coincidente con il capitale: se si applicasse puramente e semplicemente un metodo patrimoniale di valutazione, Tizio avrebbe diritto non già a un'azione di Alfa in cambio di una di Beta, ma ad un numero inferiore a uno: ad es., se PN Alfa=1.800.000 euro (CS 900.000 + Ris. 900.000); PN Beta=100.000 euro; e a seguito della fusione PN Alfa+Beta=1.900.000 (CS 1.000.000 + Ris. 900.000); a Tizio vanno assegnate 0,95 azioni, onde far sì che il valore patrimoniale della sua partecipazione resti pari a 10.000 euro (le azioni andranno dunque opportunamente frazionate in unità da massimo 500 euro, che è il massimo comune divisore).

Ancora più complesso è stabilire a quante azioni di Alfa dovrà avere diritto Tizio qualora, non solo i valori nominali e quelli patrimoniali (reali) delle azioni di Beta e Alfa divergono, ma le due società abbiano un valore di mercato, da sole o tra esse combinato, diverso. Per fare i calcoli, in questo caso, non ci si può affidare alla sola calcolatrice, ma occorre stabilire un criterio complesso di valutazione. Come prima approssimazione, quanto meno occorrerà definire il valore di mercato di ciascuna società ante fusione, suddividerlo per ciascuna azione, e immaginare che si dia corso a una permuta tra queste

(1) La prospettiva degli azionisti è quella specialmente indagata da A. Vicari, *Gli azionisti nella fusione di società*, Milano, 2004, spec. 36 ss. (ove dimostrazione della prevalenza dell'interesse sociale rispetto a quelli individuali), 70 ss. (ove indicazioni sui rapporti di cambio "puri", "massimi" e "minimi"), 134 ss. (sulla congruità del rapporto di cambio). Sul rapporto di cambio nella fusione v. anche C. Santagata, *Le fusioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo - G.B. Portale, Torino, 2004, 7**1, 639; M. Cavanna, *Art. 2501-2505* quater. *Fusione delle società*, in *Commentario del codice civile e codici collegati Sciaioja-Branca-Galgano*, diretto da G. De Nova, Bologna, 2018, 120 ss. e, sulla fusione in generale, G. Ferri, *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1936; C. Santagata, *La fusione tra società*, Napoli, 1964.

(2) La società incorporante non può assegnare azioni o quote in sostituzione di quelle delle società incorporate possedute, anche per il tramite di società fiduciaria o di interposta persona, dalle incorporate medesime o dalla società incorporante. La *ratio* di questa disposizione è oscura, ma si spiega in certo qual modo con l'ipotesi di fusione per incorporazione della società interamente partecipata (art. 2505 c.c.). In questo caso, se l'incorporante non possiede altri valori all'infuori delle partecipazioni nell'incorporata è evidente che la stessa non può aumentare il capitale in misura pari a quello dell'incorporata, e assegnare a se stessa azioni proprie in cambio di azioni possedute nell'incorporata: tale operazione creerebbe evidentemente valori fittizi, che infatti non risultano dal bilancio consolidato. In questo senso, L. Ardizzone, *Le azioni proprie nella fusione e nella scissione*, Milano, 2010, 66 ss. (Id., *Le azioni proprie nelle operazioni sul capitale e nelle operazioni straordinarie*, in *Riv. Società*, 2008, 1167), nonché N. de Luca, *La società azionista e il mercato dei propri titoli*, Torino, 2012, 148 s.

(3) Come ha precisato la Cassazione (Cass. Civ. 20 aprile 2020, n. 7920), anche azioni dello stesso emittente e dal medesimo valore nominale potrebbero dare corso a diversi rapporti di cambio. La questione è emersa nella fusione per incorporazione di Banca Nazionale dell'Agricoltura (società all'epoca quotata) in Banca Antoniana Popolare Veneta. In quella occasione, infatti, perdendosi la quotazione a seguito della fusione, si dovette prevedere la conversione delle azioni di risparmio emesse da BNA in azioni ordinarie di Antonveneta; tuttavia, si decise che, seppure aventi valore nominale uguale, le azioni di risparmio dessero diritto ad azioni ordinarie di Antonveneta secondo un rapporto di cambio più basso di quelle assegnate in cambio delle azioni ordinarie di BNA, a ragione del fatto che nelle prime sono assenti i diritti amministrativi. La Cassazione ha confermato che la fissazione di un rapporto di cambio diverso per le azioni ordinarie e di risparmio è corretto. Sul punto, v. i commenti di N. de Luca, *Fusione, concambio e sorte delle azioni di risparmio*, in *Foro it.*, 2020, I, 1915; M.S. Spolidoro, *Concambio nella fusione per incorporazione tra società per azioni e azioni di risparmio*, in questa *Rivista*, 2020, 1080; A. Zurlo, *Il valore delle azioni di risparmio (in caso di incorporazione della società emittente)*, in *Riv. dir. risparmio*, 2020, fasc. 1, 230.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


e le azioni della società risultante dalla fusione, anche questa da valutare. Il valore delle azioni della società risultante dalla fusione, peraltro, potrebbe essere stimato di più della mera somma tra i valori delle società procedenti a fusione singolarmente prese (prospettiva *stand alone*), perché le prospettive reddituali delle più imprese combinate tra loro potrebbero, e di norma dovrebbero, essere migliori. Di qui l'esistenza di una pluralità di criteri di valutazione, alcuni dei quali oggetto dello studio degli aziendalisti: Metodo Patrimoniale Semplice, Metodo Patrimoniale Complesso, Metodo Misto Patrimoniale Reddituale Complesso, Metodo del *Dividend Discount Model* (anche nella variante dell'*Excess Capital*), Metodo della Rendita di Gordon (*Gordon Growth Model*-GGM), e così via (4).

Per quanto qui più interessa, la considerazione da trarre è che la determinazione del rapporto di cambio nella fusione non è semplice aritmetica, ma è frutto di valutazioni discrezionali e negoziazioni. Gli amministratori delle società che procedono a fusione, anzitutto, determinano il valore delle società ante fusione, e con esso quello delle azioni da portare a cambio; procedono quindi ad assegnare un valore alla società risultante dalla fusione, e con esso alle azioni da ottenere in cambio. Con questi elementi i medesimi "negoziano" il rapporto di cambio che, dunque, non è qualcosa di diverso dalla determinazione del "prezzo" di una qualunque altra vendita o permuta, ma con il non trascurabile dettaglio che a doversi permutare sono beni altrui di secondo grado e che non è richiesto il consenso individuale dell'avente diritto, bastando quello della maggioranza. La delicatezza dell'operazione, come meglio vedremo, è amplificata quando la fusione è per incorporazione della controllata nella controllante, dato che la negoziazione avviene tra amministratori che, quanto meno, sono parti correlate, in quanto verosimilmente rispondenti agli interessi degli azionisti di maggioranza della controllante.

Ma cosa accade se un azionista, e cioè un azionista di minoranza, si reputa pregiudicato dal rapporto di cambio prescelto per la fusione? Può contestare, per ciò solo, la validità della fusione con effetto demolitorio? O in alternativa, può chiedere che le azioni gli siano monetizzate (cioè, può recedere)? Se può chiederlo, gli saranno monetizzate al valore che egli stima congruo, o a quello stimato dagli amministratori, che lo stesso azionista reputa incongruo? In caso di divergenza - scontata peraltro - si potrà fare riferimento ad una valutazione di un terzo indipendente? E se, al contrario, l'azionista minoritario non può chiedere di avere monetizzato il valore delle sue azioni, può almeno ottenere un risarcimento del "danno"? E cosa dovrà dimostrare per ottenerlo? Basterà la prova che con un diverso criterio di calcolo del rapporto di cambio avrebbe ottenuto di più, o dovrà contestare la congruità, cioè la ragionevolezza, del criterio utilizzato per la fissazione del rapporto di cambio?

A questi interrogativi non viene fornita la stessa risposta da tutti gli ordinamenti, europei e non. Anzi, le risposte sono molto distanti le une dalle altre e mostrano che, alle volte, in un dato ordinamento, il problema resta irrisolto producendo iniquità. In questo breve saggio ci proponiamo di toccare il tema appena accennato, che certamente si pone anche nel diritto italiano, anteponendo ad esso le soluzioni di due ulteriori ordinamenti presi a campione (non arbitrariamente, ma certo con una scelta opinabile) per trarne spunti di riflessione: uno extraeuropeo, quello americano, e uno europeo, quello spagnolo.

## Uno sguardo oltreoceano: l'*appraisal right* come mediazione tra diritti degli azionisti e favore per le fusioni

L'ordinamento americano ha da tempo colto il problema della tutela degli azionisti che non abbiano prestato il proprio consenso alla realizzazione di una fusione (sia essa una *merger* o una *consolidation*) - ad esempio perché contrario al rapporto di cambio (5) - individuando la soluzione nella previsione dello *statutory appraisal remedy* (o *apprasial right*) (6): siffatto meccanismo, infatti, consente al socio dissenziente di ottenere il pagamento in denaro del *far value* delle proprie azioni determinato - o determinabile, se necessario - giudizialmente. L'introduzione del rimedio risale a tempi remoti in cui, come osservato da autorevole dottrina, i legislatori e le corti dei diversi Stati Federali già avvertivano la necessità di tutelare la posizione degli azionisti dissenzienti, senza,

(4) A titolo di indicazione, su questi temi si può fare riferimento a L. Guatri - M. Bini, *Nuovo trattato sulla valutazione delle aziende*, Milano, 2009, 473 ss., 781 ss.

(5) F.H. O'Neal - R.B. Thompson, *O'Neals oppression of minority shareholders*[2], Wilmette, 1985 rilevando che le operazioni di *merger* e *consolidation* - così come qualsiasi altra forma di "combinazione societaria" - siano potenzialmente idonee a cagionare un pregiudizio sostanziali agi azionisti di minoranza, riconosce la necessità di tutelare questi ultimi di fronte a possibili abusi (quali, ad esempio, l'errata fissazione del rapporto di cambio).

(6) Conformemente al sistema normativo americano, tutti i 50 Stati federali americani hanno adottato degli *appraisal statute* accordanti tale diritto agli azionisti che non abbiano prestato il loro consenso alla realizzazione di una fusione.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


tuttavia, pregiudicare la valida realizzazione dell'operazione (7).
Per quanto concerne il concreto funzionamento ed esercizio dello *statutory appraisal remedy*, occorre, tuttavia, sottolineare come la disciplina dettata dagli *statute* dei diversi Stati federali tenti di evitarne un uso strumentale e ostruzionistico. Al fine di evitare possibili indebite interferenze od ostruzioni in malafede, coloro che desiderino avvalersi dell'*appraisal right* devono, infatti, agire con estrema rapidità al fine di soddisfare tutte le rigorose condizioni preliminari previste dalla legge. In particolare, la maggior parte degli *statute* prevede diversi *step* caratterizzati da un breve intervallo di tempo predeterminato che i soci disenzienti devono necessariamente rispettare per poter mantenere il loro *appraisal right* (8).
Ad esempio, il par. 13.21, lett. a) del *Model Business Corporation Act* (MBCA) (9) dispone che qualora una fusione societaria "sia sottoposta al voto dell'assemblea dei soci, il socio che abbia intenzione di esercitare l'*apprisal right* con riguardo a qualsiasi classe o azione: i) deve dare alla società, prima del voto, comunicazione scritta della sua volontà di chiedere il pagamento in denaro nell'ipotesi di realizzazione dell'operazione proposta, e ii) non deve votare in favore della realizzazione di detta operazione", precisando, altresì, che "il socio che non ha soddisfatto i requisiti previsti dalla norma non è legittimato ad ottenere il pagamento in denaro". Successivamente al voto, nell'ipotesi in cui l'assemblea dei soci autorizzi la realizzazione dell'operazione proposta, il socio dissenziente deve nuovamente manifestare per iscritto la volontà di avvalersi dell'*appraisal right*. Entro 30 giorni dalla richiesta, la società provvede dunque al pagamento di quello che ritiene essere il *fair value* delle azioni possedute dal socio. L'MBCA nel par. 13.24 precisa, tuttavia, - ed è questo l'elemento che assicura l'effettiva tutela del socio dissenziente - come "il socio insoddisfatto dell'ammontare del pagamento debba notificare per iscritto alla società la propria stima sul *fair value* delle proprie azioni e chiedere il pagamento di detta somma, al netto di quanto già versato, e degli interessi". Nell'ipotesi in cui la società a sua volta non concordi sulla valutazione effettuata dal socio recedente, la determinazione del *fair value* delle azioni è demandata all'autorità giudiziaria a norma dei parr. 13.20 e 13.31, rubricati "*judicial appraisal of shares*".
Diversamente, la *Delaware General Corporation Law* (DGCL), dettando una disciplina più articolata per il pagamento dell'*appraisal*, dispone che il *fair value* delle azioni sia direttamente determinato giudizialmente. A norma della lett. e) del par. 262 DGCL, la società risultante dalla fusione, nonché qualsiasi socio interessato, può avviare un procedimento di *appraisal* presentando dinanzia alla *Court of Chancery* (ovvero la Corte di Giustizia) un'istanza richiedente la determinazione del valore delle azioni da loro possedute entro 120 giorni dall'effettiva realizzazione dell'operazione. Una volta ricevuta l'istanza, la *Court of Chancery* fissa e da comunicazione alle parti della data di svolgimento dell'udienza di discussione in cui i) provvede all'individuazione dei soci che, avendo soddisfatto i requisiti previsti dalla legge, sono legittimamente titolari dell'*appraisal right*, ii) determina il *fair value* delle azioni nonché degli eventuali interessi e, infine, iii) impone il pagamento in favore dei soci a carico della società risultante dall'operazione.
L'ordinamento americano, dunque, assicura al socio dissenziente una tutela effettiva, garantendogli il pagamento in denaro dell'effettivo *fair value* delle proprie azioni, pur vincolandolo a rispettare step procedurali serrati, onde non favorire un uso scorretto del rimedio.

## La tutela degli azionisti nelle fusioni in altri ordinamenti europei: l'ordinamento spagnolo come esempio

Un utile contributo alla riflessione sul tema può essere dato guardando alla disciplina di altri paesi avanzati, nei quali parimenti si è posta l'esigenza di tutela degli azionisti minoritari nelle fusioni. In particolare, quale esempio degli ordinamenti di *civil law*, la scelta ricade su quello spagnolo, tradizionalmente molto vicino a quello italiano e parimenti conforme alla Dir. 2017/1132/UE in materia di fusioni.
Preliminarmente occorre osservare come la legge spagnola non indichi quali possano essere le cause di invalidità della fusione: essa si limita, infatti, a escludere l'impugnazione della fusione nell'ipotesi in cui l'iscrizione nel *Registro Mercantil* "se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley"

(7) Così N.D. Lattin, *Remedies of Dissenting Shareholders Under Appraisal Statutes*, in 45 *Harvard Law Review*, 233 (1931) che precisa, altresì, come l'*appraisal right* trovi la sua origine storica nella volontà di contrastare l'orientamento giurisprudenziale che esprimeva forti dubbi circa la legittimità costituzionale della realizzazione di una *merger* o di una *consolidation* - o di un'altra operazione comportante modifiche sostanziali ad una società - in presenza del dissenso anche di un solo socio.
(8) J.D. Cox - T.L. Hazen, *Corporations*[2], New York, 2003, 621.
(9) Un complesso di norme elaborato con lo scopo di fornire delle c.d. leggi modello che portino chiarezza in settori complessi del diritto cui hanno aderito 24 dei 50 Stati federali americani.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


(art. 47 *Ley sobre modificaciones estructurales*, LME). Ne consegue che la tutela risarcitoria dei soci e dei terzi è l'unica forma di tutela in caso di fusione realizzata in conformità della legge, benché dannosa. Nel silenzio della legge, l'individuazione delle cause di invalidità della fusione è, pertanto, rimessa all'elaborazione della giurisprudenza e della dottrina, entrambe concordi nel ritenerla ammissibile in caso di errata determinazione del rapporto di cambio delle azioni (10). A tal riguardo, i possibili esiti dell'impugnazione sono tuttavia differenti, a seconda che la fissazione del rapporto di cambio sia avvenuta in violazione di norme imperative (11) o abbia comportato per il socio di minoranza solamente una perdita patrimoniale.

Per quanto concerne la prima fattispecie, numerose pronunce giurisprudenziali hanno riconosciuto la legittimazione del socio di minoranza, che ritenga di aver subito un pregiudizio dalla fissazione di un rapporto di cambio ingiustificato e inadeguato (12), ad agire per chiedere l'annullamento di una fusione, anche se già iscritta (13). Allo stesso modo la dottrina, conformandosi all'orientamento giurisprudenziale prevalente appena esposto, individua l'inadeguatezza del rapporto di cambio quale causa di impugnazione ed eventuale nullità della fusione (14). È raro, tuttavia, che si abbia una pronuncia di nullità della fusione sulla base della determinazione di un rapporto di cambio effettuata in violazione di norme imperative, anche considerando la breve finestra temporale - pari a 3 mesi dall'iscrizione nel BORME (15) - prevista dal secondo comma dell'art. 47 LME per la proposizione dell'impugnazione volta ad ottenere la nullità della fusione.

Diversamente, nell'ipotesi in cui il socio di minoranza lamenti esclusivamente di aver subito una perdita patrimoniale dall'errata determinazione del rapporto di cambio, è escluso che la fusione, una volta iscritta, possa essere annullata o che il rapporto di cambio possa essere giudizialmente rideterminato (16). Pertanto, come anticipato, al socio di minoranza residua la sola possibilità di ottenere il risarcimento del danno comunque cagionato dall'operazione. Secondo autorevole dottrina, siffatta azione risarcitoria può essere proposta, oltre che nei confronti della società e dei suoi amministratori, anche nei confronti del socio di maggioranza (17). Alternativamente, ove previsto nello statuto delle società o espressamente disposto dalle relative assemblee (art. 38.2 LME), il socio che lamenti aver subito un pregiudizio dalla fissazione di un rapporto di cambio inadeguato può richiedere al cancelliere del Registro delle Imprese - relativo alla propria società - la nomina di un esperto indipendente affinché provveda alla quantificazione del danno subito (18). Non occorre, in altri termini, che la fusione integri al contempo causa di recesso.

Emerge, pertanto, come non sempre il diritto spagnolo assicuri all'azionista di minoranza tutela effettiva. Poiché infatti è ben raro che lo statuto o le delibere assembleari consentano il ricorso all'esperto di nomina giudiziale, di norma graverà su chi chiede il risarcimento del danno di provarne l'entità. Onere probatorio che, nella sostanza, assume i connotati di

(10) In questo senso v. M. Gonzalez-Meneses - S. Alvarez, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*[2], Madrid, 2015, 150, secondo cui "il rapporto di cambio è la principale causa di impugnazione della fusione".

(11) Più precisamente si fa riferimento all'ipotesi della fissazione di un rapporto di cambio ingiusto (art. 34.3 LME), che non rispetti il principio di "continuità della partecipazione" (art. 24 LME) o che si discosti eccessivamente dal valore reale del patrimonio delle società partecipanti all'operazione (art. 25 LME).

(12) Tra le tante v. *Tribunal Supremo* 22 novembre 2002 e *Tribunal Supremo* 15 febbraio 2007

(13) V. soprattutto *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Zaragoza* 30 gennaio 2009; ma anche *Audiencia Provincial de Las Palmas* 16 ottobre 2016; *Audiencia Provincial de Barcelona* 5 maggio 2008; *Audiencia Provincial de Barcelona* 2 giugno 2004; *Audiencia Provincial de Vizcaja* 4 novembre 1999

(14) Per tutti v. A. Perez Troya, *La tutela del accionista en la fusion de sociedades*, Madrid, 1998, 419 ss., nonché, nello stesso senso, L. Fernández del Pozo, *La fase de ejecución (escritura pública e inscripción en el registro. Impugnación)*, in *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* (diretto da F. Rodríguez Artigas - A. Alonso Ureba - L. Fernández de la Gándara - L.A. Velazco San Pedro - J. Quijano González - G. Esteban Velasco), Navarra, 2009, I, 688.

(15) Il *Boletin Oficial del Registro Mercantil* ovvero la "Gazzetta Ufficiale del Registro delle Imprese".

(16) In questo senso v. L.J. Cortés, - A. Pérez Troya, "*La impugnación de la fusión (art. 246 LSA y algunas consideraciones relativas a las fusiones transfronterizas europeas)*", in *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho concursal, Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, Madrid, 2007, I, 287: gli autori escludono espressamente la possibilità per l'azionista di minoranza, che ritenga essere pregiudicato dalla determinazione di un rapporto di cambio inadeguato, di ottenere tutela per mezzo della rideterminazione giudiziale dello stesso. La ragione alla base di siffatta impostazione risiede - come vedremo anche nell'ordinamento italiano - nelle volontà di salvaguardare i diritti acquisiti dai terzi, in buona fede, successivamente alla realizzazione della fusione.

(17) Prendendo a modello il sistema tedesco, questa tesi è sostenuta da L. Fernández Del Pozo, *op. cit.*, 709. In senso contrario v. M. Gonzalez-Meneses - S. Alvarez, *op. cit.*, 309, secondo cui una siffatta soluzione non sarebbe prospettabile nell'ordinamento spagnolo.

(18) L'ordinamento spagnolo riconosce dunque alle società la possibilità di prevedere, in alternativa alla tutela giudiziale, dei meccanismi di risoluzione extragiudiziale di controversie relative alla fissazione di un rapporto di cambio inadeguato che permettano al socio di minoranza di ottenere quantomeno il risarcimento del danno subito.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


una *probatio diabolica*, data la presunzione di veridicità riconosciuta dalla giurisprudenza (19) ad un rapporto di cambio asseverato dalla relazione degli esperti indipendenti, richiesta dall'art. 34 LME. Il che esige di provare l'assoluta inadeguatezza del metodo utilizzato, non già semplicemente il fatto che, con altri metodi, si sarebbe giunti ad un risultato migliore (20).

## La (carente o, forse, inesistente) tutela dell'azionista minoritario nella fusione nell'ordinamento italiano

Se la tutela offerta nell'ordinamento americano è piena e se quella offerta da quello spagnolo è insufficiente, perché raramente effettiva o efficace, quella offerta dall'ordinamento italiano è carente se non addirittura inesistente.

Il legislatore italiano - con la codificazione dell'art. 2504-*quater* c.c. - ha recepito la Terza Direttiva europea in materia di fusioni (ora, Dir. 2017/1132/UE) in modo drastico, stabilendo - a differenza della regola più mite presente in Spagna, che esclude l'impugnazione della fusione solamente nell'ipotesi in cui sia stata realizzata conformemente alla legge - che una fusione iscritta nel registro delle imprese non può essere mai impugnata con effetti demolitori. Tale soluzione estrema è dichiaratamente volta a conservare (ad ogni costo) la società risultante dalla fusione e, con essa, la certezza dei traffici giuridici, onde evitare qualunque pregiudizio per i terzi che abbiano fatto affidamento sulla validità dell'operazione straordinaria (21). Secondo l'opinione dominante, la stessa regola preclude anche la possibilità di far valere, pur se solo nei rapporti interni, un rapporto di cambio errato o inadeguato, ai fini di una rideterminazione giudiziale. Al riguardo, autorevole dottrina ritiene che procedere ad una modifica del rapporto di cambio significherebbe rischiare di minare alla stabilità dell'operazione (22); del resto, la nota lentezza della macchina giudiziaria non risulterebbe compatibile con l'esigenza che non si limitino, nel frattempo, mutamenti della compagine sociale, dovuti, ad esempio, a trasferimenti di partecipazioni o a modifiche del capitale sociale (23).

L'unica tutela astrattamente spettante al socio che si ritenga pregiudicato dall'incongruità del rapporto di cambio è, dunque, di tipo risarcitorio. Ma la stessa tutela risarcitoria si presenta come meramente teorica e quindi inadeguata. Il fatto che la legge non parli di "esattezza", bensì di semplice "congruità" del rapporto di cambio, ne rende la contestazione giudiziale quasi impossibile. Al fine di ottenere il risarcimento del danno, il socio che lamenti di aver subito un pregiudizio dall'errata determinazione del rapporto di cambio dovrebbe far fronte ad un onere probatorio che, in concreto, assume i connotati di una *probatio diabolica* (24). Come accennato nel paragrafo introduttivo, posta l'esistenza di diverse metodologie di

(19) In questo senso v. tra le tante *Tribunal Supremo* 15 febbraio 2007.

(20) Non a caso la giurisprudenza ha spesso affermato la non ammissibilità di un'impugnazione che lamenti l'incongruità del rapporto di cambio nell'ipotesi in cui nella relazione degli esperti venga affermata l'adeguatezza del metodo utilizzato per la sua determinazione. In questo senso v. tra le tante *Audiencia Provincial de Madrid* 24 gennaio 1997.

(21) In questo senso v. da ultimo Cass. Civ. 28 febbraio 2020, n. 5602, in cui si afferma che la preclusione, *ex* art. 2504-*quater* c.c., alla dichiarazione di invalidità della fusione - a seguito dell'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese - "tutela l'affidamento dei terzi e la certezza dei traffici, sicché, quando l'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese sia avvenuta in base ad una sequenza procedimentale priva di riconoscibili anomalie esteriori, l'inesistenza giuridica di una delle delibere assembleari propedeutiche alla fusione, non determina l'inesistenza giuridica dell'atto di fusione, ormai iscritto nel registro, restando esclusa l'impugnabilità di quest'ultimo e risultando carente, pertanto, l'interesse all'accertamento dell'inesistenza della delibera prodromica".

(22) In questo senso v. C. Santagata, *Le fusioni*, in *Trattato delle s.p.a.* diretto da G.E. Colombo - G.B. Portale, Torino, 2004, 7***1, 639, ove si osserva che "la modifica del concambio, comportando una ridefinizione dell'organizzazione dell'attività della società risultante dalla fusione, implicherebbe invero un riassetto della complessiva operazione, col risultato di minarne in radice la stabilità"; ma anche C. Angelici, *Nullità della fusione*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, II, 275; D. Casadei, *Invalidità della fusione ed azioni esperibili*, Roma, 1993, 20 ss.; G. Ferri jr., *Modificabilità e modificazioni del progetto di fusione*, Milano, 1998, 123 ss. In senso contrario v. P. Lucarelli, *Rapporto di cambio incongruo, invalidità della fusione e rimedi: una relazione ancora da esplorare*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, 288, 279, la quale, obiettando che la modifica del rapporto di cambio influisce esclusivamente sull'organizzazione interna - e, quindi, sui rapporti tra soci -, afferma che "l'eventuale correzione del rapporto di cambio anziché minare la stabilità della fusione, la presuppone e la conferma", senza tuttavia negare "le difficoltà concrete ed oggettive" che siffatta modifica può prospettare. Da menzionare, sul punto, anche la tesi di A. Stagno d'Alcontres - N. de Luca, *Le società*, III, *Le società mutualistiche. Gli istituti transtipici*, Torino, 2019, 991 s., secondo cui - pur dovendosi prendere atto che non è ammessa, allo stato della legislazione, la revisione giudiziale del rapporto di cambio - tuttavia all'azione risarcitoria potrebbe affiancarsi anche un'azione di ingiustificato arricchimento a carico degli azionisti avvantaggiati dal rapporto di cambio incongruo e, potendosi anche addivenire a risarcimenti in forma specifica (art. 2058 c.c.), l'azione potrebbe anche concludersi con un sostanziale riequilibrio delle assegnazioni, dunque con la rideterminazione del rapporto di cambio incongruo.

(23) Così afferma sul punto F. Mainetti, *Brevi considerazioni in tema di azioni di risparmio, assemblee speciali ed invalidità nella fusione*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 103 e, nello stesso senso, A. Genovese, *l'invalidità dell'atto di fusione*, Torino, 1997, 227 s.

(24) Per il rilievo della estrema difficoltà a fare valere un danno risarcibile, v. per tutti A. Vicari, *op. cit.*, 304 ss.; P. Beltrami, *La responsabilità per danni da fusione*, Torino, 2008, 192 ss.; E. La Marca, *Il danno alla partecipazione azionaria*, Milano, 2012, 348 ss.; A. Capizzi, *Operazioni straordinarie e tutela degli investitori: tra rimedi compensativi e rimedi ostativi*, Torino, 2018, 201 s.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


valutazione delle partecipazioni azionarie che, di norma, possono restituire valori anche apprezzabilmente differenti, il socio che contesti il rapporto di cambio dovrà dimostrare non soltanto che metodi e criteri diversi da quelli seguiti dagli amministratori per la determinazione del rapporto di cambio avrebbero condotto a risultati più congrui ed adeguati (ovvero, a lui più favorevoli) (25) ma anche - e soprattutto - la manifesta iniquità o erroneità del metodo prescelto. Senonché, come affermato da acclarata giurisprudenza, seppure in materia di recesso (26), la scelta motivata di un metodo anziché un altro non può ritenersi indice di manifesta iniquità o erroneità della determinazione, configurandosi quale mero dissenso tecnico. Non è un caso se i precedenti in materia di risarcimento del danno da inesatta determinazione del rapporto di cambio nella fusione sono praticamente inesistenti (27).

Come pure accennato, la delusione dell'azionista minoritario è massima quando la negoziazione sul rapporto di cambio avviene tra organi amministrativi che costituiscono parti correlate: si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui, configurandosi un rapporto di controllata e controllante, l'organo di amministrazione della società incorporanda risulti diretta emanazione della società incorporante. In tale negoziazione, infatti, gli organi delle società procedenti alla fusione non dovrebbero poter esprimere come interesse sociale quello della maggioranza nella controllata, se questa è al contempo l'altra società che procede a fusione e cioè l'incorporante. Dovrebbero porsi nell'esclusiva prospettiva dell'azionista esterno e fare di questo interesse quello della società incorporanda (28). Questo, almeno, in teoria. In pratica, invece, accade il contrario: avendo a disposizione una forchetta molto ampia di valori, gli amministratori della controllata - certamente influenzati dalla controllante e dai suoi interessi (legittimi in sé considerati, ma non coincidenti con quelli della minoranza) - scelgono quello più basso, non necessariamente perché vogliono nuocere gli azionisti di minoranza, ma perché si sentono di fare gli interessi dell'azionista di maggioranza, e quindi di coloro che già partecipano alla società risultante dalla fusione.

Trattandosi nella sostanza di un contratto con se stesso, non è difficile rendersi conto che c'è qualcosa che non va. Senonché, anche l'inquadramento in tale fattispecie civilistica sarebbe inadeguato a dare soluzione al problema, perché gli amministratori agiscono sulla base di deliberazioni assembleari, quindi con una "autorizzazione specifica" degli aventi diritto, atta a disinnescare il rimedio dell'art. 1395 c.c. D'altronde, gli azionisti di maggioranza non devono astenersi, né può essere loro imposto di farlo, perché l'approvazione del progetto di fusione, pur se contenente un rapporto di cambio penalizzante per la minoranza, non è deliberazione dannosa per la società (29). L'unica via sarebbe quella dell'impugnazione per abuso di maggioranza, ma è all'evidenza impervia, non solo per la difficoltà di provare l'abuso in sé (30), ma perché, in ogni caso, la presenza dell'art. 2504-*quater* c.c. rende inattuabile qualunque rimedio demolitorio, se non intervenuto prima dell'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese. Ancora una volta, dunque, è tutto affidato alla tutela risarcitoria che l'esperienza dimostra essere solo teorica.

(25) Così Cass. Civ. 11 dicembre 2000, n. 15599, in *Foro it.*, 2001, I, 1947 il cui orientamento - secondo cui al socio reclamante sarebbe sufficiente dimostrare che "metodi e criteri diversi" da quelli seguiti dagli amministratori "condurrebbero a risultati più congrui ed adeguati" - deve ormai ritenersi superato.

(26) Così App. Torino 5 maggio 2020, in *Foro it.*, 2020, I, 2871; nonché da ultimo Trib. Torino 20 giugno 2022, sent. - Pres. Ratti, Rel. Astuni, *inedita*.

(27) Gli unici precedenti appaiono essere: Arb. 24 luglio 2008 e Arb. 10 gennaio 2008, in *Vita not.*, 2012, 585.

(28) Al riguardo L. Guatri - M. Bini, *op. cit.*, 781 ss.; L. Potito, *Economia delle operazioni straordinarie di impresa. Profili strategici, valutativi, contabili, fiscali*, Padova, 2000, 69; nonché A. Vicari, *op. cit.*, 70 ss., affermano che gli amministratori sono tenuti, in caso di conflitto di interessi, a negoziare un rapporto di cambio tendenzialmente "massimo". Interessante il richiamo di Vicari (a nt. 73) all'astensione del consigliere indipendente Prof. Denozza nella deliberazione dei CdA sulla fusione tra Telecom Italia S.p.a. e Olivetti S.p.a., proprio sul rilievo che non fossero stati esplicitati gli elementi atti a fare emergere gli interessi degli azionisti esterni dell'incorporata.

(29) Al riguardo, A. Vicari, *op. cit.*, 74 ritiene astrattamente applicabili gli artt. 2391 e 2373 c.c.; non a caso il medesimo autore ritiene che l'azione risarcitoria altro non sia se non una legittimazione individuale a far valere l'azione sociale che spetterebbe alle singole società fuse qualora le stesse non si fossero estinte per effetto della fusione (*ivi*, 353 ss.). In senso contrario, mi pare, tuttavia, non potersi parlare di pregiudizio al patrimonio sociale, che si riflette sul valore e sulla redditività della partecipazione. In realtà, infatti, il "danno", se di esso è lecito parlare, dato che comunque si tratta di rapporti di cambio "congrui", non può essere riflesso, ma solo diretto al bene di secondo grado, e cioè le azioni o partecipazioni. Sul punto, si è soffermato E. La Marca, *op. cit.*, 343, il quale appunto esclude la possibilità di risarcire il danno riflesso, trattandosi di operazione per la quale gli amministratori godono dell'esimente commerciale (*business judgment rule*).

(30) Secondo giurisprudenza consolidata l'abuso di maggioranza è causa di annullamento di una delibera assembleare allorquando essa "non trovi alcuna giustificazione nell'interesse della società - per essere il voto ispirato al perseguimento da parte dei soci di maggioranza di un interesse personale antitetico a quello sociale - oppure sia il risultato di una intenzionale attività fraudolenta dei soci maggioritari diretta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza 'uti singuli'" (così Cass. Civ. 29 settembre 2020, n. 20625 richiamando Cass. Civ. 12 dicembre 2005, n. 27387). Sul punto, v. per tutti in dottrina D. Preite, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo - G.B. Portale, 3**, Torino, 1998, 3 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


### Fusione per incorporazione e recesso a valore equo: problemi e prospettive

Come osservato in precedenza, l'ordinamento statunitense ha da tempo colto il problema della tutela degli azionisti esterni dell'incorporata e ha tentato di dare ad esso una soluzione, consentendo all'azionista che si reputi pregiudicato da una fusione, la possibilità di ricorrere ad una valutazione esterna. Valutazione che, sostituendosi a quella negoziata dagli amministratori, supera il problema della dimostrazione diabolica che il rapporto di cambio prescelto è incongruo, e cioè tanto squilibrato da dare corso ad una lesione *ultra dimidium*. Va da sé che, se tale diversa valutazione portasse alla rideterminazione giudiziale del rapporto di cambio, finirebbe per sottrarre alle società procedenti e ai loro organi il potere di fissare il prezzo dell'operazione, ad esclusivo vantaggio di un azionista minoritario: sarebbe cioè parimenti sbilanciata e iniqua. Molto più equilibrata è perciò la soluzione - prevista negli Stati Uniti - di consentire all'azionista minoritario di ottenere sì una revisione giudiziale della valutazione, non già però con effetto sul rapporto di cambio per tutti gli azionisti, bensì solo ai fini del recesso.

Tale soluzione, tuttavia, quanto meno in Italia, non è generale. È noto, infatti, che la fusione in sé consente il recesso dei soci solo quando a partecipare ad essa sono società di persone (art. 2502 c.c.) o a responsabilità limitata (art. 2473 c.c.), mentre non lo consente ai soci di una società per azioni (31): per quest'ultimo tipo societario, in cui peraltro è più cogente l'esigenza di tutela di soci minoritari, il diritto di recesso opererà soltanto qualora a seguito della fusione si integri un'altra causa legale di recesso prevista dall'ordinamento (art. 2437 c.c.) (32). Del resto, anche quando è ammesso il recesso, non è detto che lo stesso costituisca vero e proprio mezzo di tutela del socio dissenziente. Ed infatti, giacché il valore di recesso è determinato dagli stessi amministratori alla cui discrezionalità è rimessa la fissazione del rapporto di cambio (33), il socio di minoranza che pur abbia occasione di optare per il recesso in ragione di altre cause, non risulterà soddisfatto se la liquidazione delle azioni o quote avverrà al valore determinato dagli amministratori. Il che, in ogni caso, esige di ricorrere ad una valutazione esterna che non risulti vincolata a dimostrare la manifesta iniquità od erroneità della stima, ma che possa farne una *ex novo* in una posizione di terzietà e indipendenza. Emerge, pertanto, con evidenza come il legislatore italiano, di norma, non offra tutela all'azionista o comunque al socio che non si reputi soddisfatto dalla determinazione del rapporto di cambio; quando la consente, cioè quando casualmente la fusione è anche causa di recesso, la tutela non attiene direttamente al rapporto di cambio, ma al valore di liquidazione.

Né il regime particolare delle fusioni per incorporazione, pur spesso connotate da conflitti di interesse tra società incorporante e soci esterni dell'incorporata, assicura il recesso (o un rimedio equivalente) ai dissenzienti.

Al riguardo rileva l'art. 2505-*bis* c.c., emanato in recepimento degli (attuali) artt. 113 e 114, Dir. 2017/1132/UE, il quale consente che la fusione per incorporazione di una società posseduta almeno al 90% benefici di alcune semplificazioni - peraltro accresciute nel corso del tempo: non si applicano le disposizioni degli artt. 2501-*quater*, 2501-*quinquies*, 2501-*sexies* e 2501-*septies* c.c. - qualora venga concesso agli "altri soci della società incorporata" il diritto di far acquistare le loro azioni o quote dalla società incorporante per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso. In tale ipotesi è anche consentito (purché previsto per statuto) che la fusione sia deliberata dagli organi amministrativi anziché dalle assemblee, dunque senza alcun concorso degli "altri soci della società incorporata". L'esistenza di questa regola rende evidente la consapevolezza, a livello europeo e interno, che la fusione per incorporazione pone problemi di tutela degli "altri soci della società incorporata", che giustificano l'offerta a questi ultimi di optare per il "recesso" anziché per il "cambio". Nonostante tale consapevolezza, la previsione - sia in ambito comunitario, sia nel diritto interno - sembra pensata non a tutela delle minoranze, bensì solo nella logica di semplificazione della fusione, e dunque a vantaggio

(31) Sul punto v. F. Magliulo, *La fusione delle società*[2], Milano, 2009, 182 ss. Non si comprende, tuttavia, quali siano le ragioni alla base di questa difformità di soluzioni per cui la fusione è causa legale di recesso nelle società di persone e nelle S.r.l. ma non anche nelle S.p.a. in cui, date le sue caratteristiche strutturali - quali, ad esempio, la dispersione del capitale -, sarebbe del tutto coerente, ed anzi necessario, assicurare una tutela effettiva ai soci di minoranza.

(32) Diversamente, come in rilevato in precedenza, nell'ordinamento spagnolo in ogni caso la fusione societaria non costituisce causa legale di recesso, salvo specifica previsione statutaria.

(33) L'art. 2437-*ter* c.c., in materia di società per azioni, dispone che, in caso di recesso, "il valore di liquidazione delle azioni è determinato dagli amministratori, sentito il parere del collegio sindacale e del soggetto incaricato della revisione dei legale dei conti, tenuto conto della consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali, nonché dell'eventuale valore di mercato delle azioni".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.


dell'incorporante (34). È l'incorporante, infatti, a scegliere se avvalersene o meno, non l'azionista di minoranza che possa reputarsi pregiudicato. Al riguardo, tuttavia, deve far riflettere la previsione europea che si preoccupa di attribuire senz'altro all'azionista esterno la prerogativa del controllo giudiziale sulla equità del prezzo offerto dall'incorporante (35): quasi come se il legislatore europeo si dichiarasse consapevole che la determinazione unilaterale di un prezzo, verosimilmente il medesimo utilizzato per il concambio, presenta un elevato rischio di iniquità. Se così è, tanto la norma europea quanto quella interna, dovrebbero essere riconsiderate proprio nella prospettiva delle minoranze a poter sempre optare per il recesso a valore equo, qualora contrarie alla fusione e, cioè, in concreto, perché deluse dal rapporto di cambio.

Altro aspetto che meriterebbe riflessione è quello relativo alla soglia di operatività della norma, e cioè un possesso azionario almeno pari al 90%. È evidente come tale elevata soglia sia stata pensata per evitare che, anche in casi di incorporazione con una partecipazione di risicata maggioranza, possa aversi una fusione semplificata, perciò mancante di quei momenti del procedimento - di informazione, collegialità e verifica - normalmente necessari nell'interesse di tutti i soci e dei creditori. Tale prospettiva è tuttavia all'evidenza limitata, perché la necessità di tutelare gli azionisti di minoranza da possibili cambi "iniqui" (seppur "non incongrui") è non minore anche in una controllata al 50+1%, e certamente non è assicurata dalla completezza del procedimento di fusione. Anche sotto questo profilo si trae la necessità di un ripensamento generale, anzitutto a livello europeo, degli strumenti di tutela degli azionisti di minoranza nelle società per azioni non quotate, finora oggetto di scarsa e sporadica attenzione. A livello interno, del resto, non può farsi a meno di considerare la distonia sistematica tra la disciplina della fusione semplificata e quella dell'art. 2497-*quater* c.c., in materia di inizio e cessazione della direzione e coordinamento. Come noto, tale norma attribuisce senz'altro il recesso ai soci esterni della controllata, qualora ne derivi un'alterazione alle condizioni di rischio dell'investimento. L'inizio o la fine della direzione e coordinamento possono essere conseguenza del superamento della soglia anche minima del controllo di diritto o di fatto (art. 2359 c.c.), che ne fa presumere l'acquisto o la perdita del potere (art. 2497-*sexies* c.c.): non occorre in altri termini il possesso di una partecipazione qualificata da almeno il 90% del capitale della controllata. E val la pena notare che, anche in questo caso, è consentito alla controllante offrire di acquistare le partecipazioni degli "altri soci della società" controllata (attraverso un'opa, o comunque un'offerta privata) a prezzo equo (36): l'offerta di acquisto serve, tuttavia, ad evitare che insorga il diritto di recesso, non a permettere semplificazioni a vantaggio della controllante.

(34) Sul punto v. A. Genovese, *Commento* sub *art. 2505*-bis, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa - G.B. Portale, Milano, 2016, 3386; C. Santagata - R. Santagata, *Le fusioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo - G.B. Portale, Torino, 2004, 381; A. De Costa, *Fusione semplificata*, in *La fusione*, a cura di S. Cacchi Pessani, Torino, 2019, 294 s.; sul difetto di tutela degli azionisti di minoranza v. per tutti S. Cacchi Pessani, sub *art. 2505*-bis, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2015, 1600, ove si osserva che la disciplina del comma 1 dell'art. 2505-*bis* c.c. si disinteressa del tutto dei soci dell'incorporata, le cui esigenze di tutela "non vengono meno per il solo fatto che la società di cui sono soci possiede il 90% dell'incorporata".

(35) L'art. 114, par. 1, lett. c), Dir. 2017/1132/UE stabilisce che "in caso di disaccordo su tale contropartita, quest'ultima dovrà essere stabilita da un giudice o da una autorità amministrativa designata a tale scopo dallo Stato membro".

(36) Sul punto si fa rinvio a C. Caruso, *Inizio e cessazione della direzione e coordinamento e recesso del socio*, Torino, 2012, 170 ss.; M. Ventoruzzo, *Recesso e valore della partecipazione nelle società di capitali*, Milano, 2012, 258 s.; R. Pennisi, *sub* art. 2497-*quater* c.c., *Le società per azioni.* Commentario diretto da P. Abbadessa - G.B. Portale, Milano, 2016, 3098 s.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



# La società cooperativa

a cura di Guido Bonfante

La riforma societaria del 2003 ha innovato in modo significativo la disciplina della società cooperativa come variamente segnalato dagli interpreti con particolare riguardo ai profili distintivi dell'istituto. L'Autore ripercorre le vicende normative ed ermeneutiche sopra ricordate che hanno interessato la cooperativa soffermandosi sulle questioni che hanno maggiormente animato il dibattito giurisprudenziale o che si sono segnalate per la loro importanza nel disegnare gli elementi distintivi dell'istituto.
*The corporate reform of 2003 significantly innovated the discipline of the cooperative as indicated by the legal doctrine with particular regard to the distinctive profiles of the institution. The author traces the normative and hermeneutical events that have concerned the cooperative, focusing on the issues that have animated the jurisprudential debate or have marked its importance in designing the distinctive elements of the cooperative.*

## Una premessa storica

La legislazione cooperativa nel nostro ordinamento, come è noto, fa il suo esordio con il Codice di Commercio del 1882 che disciplinava l'istituto in modo del tutto generico attribuendo ad esso la forma dell'anonima o della società in nome collettivo e dell'accomandita salvo prevedere quale soli elementi caratterizzanti il capitale variabile, il voto per testa e il limite di possesso di azioni o quote in £ 5000.
Con il primo novecento il quadro normativo cambia arricchendosi di alcune leggi speciali che meglio caratterizzano il fatto cooperativo. È il caso nel 1903 della prima legge organica sulle case popolari che prevedeva crediti agevolati alle cooperative e disegnava il modello di cooperativa a proprietà indivisa e soprattutto del R.D. 12 febbraio 1911, n. 278 che in tema di appalti pubblici alle cooperative introduceva una serie di regole caratterizzanti il fatto mutualistico quali la distinzione fra ristorni e dividendi, la tutela della c.d. porta aperta, un sistema di vigilanza sull'attività della cooperativa e sul rispetto delle regole.
La tendenza a predisporre leggi speciali meglio caratterizzanti l'istituto rispetto al Codice di Commercio trova conferma anche nel periodo fascista dove la cooperazione viene vista come uno strumento delle politiche statali in campo creditizio e abitativo. È il caso del R.D. 26 agosto 1937 con il quale in tema di casse rurali e artigiane si approda ad un testo unico mirato alla "bancarizzazione" di aree agricole nonché del T.U. n. 1165 del 1938 in tema di cooperative edilizie a contributo erariale teso a favorire l'urbanizzazione dei grandi centri e ad assicurare alle masse popolari la disponibilità della casa in un contesto normativo estremamente articolato volto, fra l'altro, a preservare l'ingresso ai soli soci in possesso di determinati requisiti e ad escludere comportamenti speculativi.
Il codice civile del 1942 è figlio di queste strategie apparendo funzionale nella sua genericità allo sviluppo di una legislazione speciale che in conformità agli interessi dello Stato poteva disegnare una cooperativa diversa dal modello lassista del codice. E infatti in quest'ultimo continuava a mancare una definizione dello scopo mutualistico, una tutela della c.d. porta aperta, una disciplina in ordine alla limitazione nella distribuzione degli utili pur restando confermato, oltre alla variabilità del capitale, il principio del voto per testa.
La legislazione del II dopoguerra ha sostanzialmente confermato l'impostazione dualista del passato ovviamente con varianti di merito di non poco conto e che si fanno risalire a tre fasi. La prima è quella della rifondazione del tessuto normativo che si esprime essenzialmente in due provvedimenti, la c.d. Legge Basevi, ovvero il D.L.C.P.S. 14 dicembre 1947, n. 1477 e l'art. 45 Cost. Il primo provvedimento, a parte alcune integrazioni alle norme del Codice in tema dei requisiti dei soci, limite alle partecipazioni e apparato dei controlli, disegnava in chiave anti-lucrativa i contorni delle cooperative agevolate fiscalmente rappresentate essenzialmente dalle c.d. clausole mutualistiche ovvero limitazione della distribuzione dei dividendi al 5%, divieto di distribuzione delle riserve, devoluzione del patrimonio in caso di scioglimento della cooperativa.
Quanto all'art. 45 Cost. la sua rilevanza si è espressa essenzialmente su un piano ideale e politico con il riconoscimento dell'importanza sociale ed economica dell'istituto mentre sul terreno strettamente giuridico nell'individuare le caratteristiche distintive della cooperativa sconta una certa qual approssimatività che ha dato luogo a interpretazioni disparate.
La seconda fase dal '71 al '92 si caratterizza per il tentativo di rafforzare economicamente la cooperativa agevolata e trova le sue espressioni più significative nelle L. n. 127/1971, L. n. 904 del 1977, L. n. 72 del 1983, L. n. 59 del 1992.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



Con il primo provvedimento viene introdotta la disciplina dei consorzi cooperativi, con la L. n. 904/1977 si favorisce la patrimonializzazione delle cooperative escludendosi dal reddito imponibile gli utili mandati a riserva indivisibile, con la L. n. 72 si consente la formazione di gruppi con a capo una cooperativa mentre con la L. n. 59 si prevedono le azioni di partecipazione cooperativa e di sovvenzione oltre all'obbligo di corresponsione del 3% degli utili ai fondi mutualistici (**Cass. Civ., Sez. lav., 15 marzo 2005, n. 5599**, in *Mass. Giust. civ.*).
La terza e ultima fase è quella che si apre con la L. n. 142/2001 sul socio lavoratore e si conclude con la riforma societaria del 2003 tesa per quanto riguarda le cooperative a meglio caratterizzare i connotati identitari dell'istituto e che si afferma sull'abbrivio della legislazione cooperativa nei vari paesi europei e in particolare con il varo del Reg. CE n. 1453/2003 sulla società cooperativa europea (SCE).
In particolare la riforma del 2003, pur evitando di definire espressamente lo scopo mutualistico, si segnala per l'affermazione, sulla scia delle scelte operate dalla L. n. 142/2001 sul socio lavoratore, che l'attuazione della attività mutualistica avviene attraverso un rapporto di scambio ulteriore e distinto rispetto al vincolo sociale e dove siffatto scambio deve rispettare il principio della parità di trattamento.
Ancora per la prima volta in un testo di carattere generale viene previsto il principio che il vantaggio mutualistico possa essere rappresentato dal ristorno da calcolarsi in ragione della quantità e qualità degli scambi mutualistici, mentre la cooperativa agevolata fiscalmente conosce articolate regole per il calcolo dell'attività prevalente con i soci. Riguardo a questi ultimi nuovi principi vengono introdotti a tutela del carattere aperto dell'istituto e con riferimento all'esclusione e recesso prevedendosi anche per alcune categorie di cooperative la figura del socio in prova e quanto agli investitori viene estesa anche alle cooperative la figura degli strumenti finanziari.
Sul piano organizzativo degna di nota poi è l'estensione anche alle cooperative della possibilità di utilizzare i modelli monistici e dualistici oltre a meglio configurare il funzionamento dei vari organi in sintonia con le regole generali societarie mentre nuovi istituti vengono introdotti con riferimento ai gruppi paritetici cooperativi, allo scioglimento e al controllo amministrativo e giudiziario.
Su tutti questi temi sommariamente sopra indicati si sono quindi sviluppate le analisi degli interpreti e si è interrogata con soluzioni variegate la stessa giurisprudenza sui cui esiti si cercherà ora di riferire nelle pagine che seguono.

**I caratteri identitari**

Come si è avuto modo di riferire la riforma del 2003, come già il codice civile del 1942, si è ben guardata dal definire espressamente in cosa consista lo **scopo mutualistico** il che ha continuato ad alimentare a riguardo il dibattito della dottrina ancorché sussista una certa qual prevalenza a riconoscere tale scopo nei termini della c.d. **gestione di servizio al socio**.
Anche la giurisprudenza, al pari del legislatore in genere si è ben guardata dall'intervenire espressamente su questo tema anche se in argomento non mancano puntualizzazioni con riferimento alle varie tipologie di cooperative che in qualche modo valgono a dare un contenuto alla gestione di servizio.
È quanto si riscontra con le prese di posizione in ordine alla nozione di **ristorno** da tenersi distinto dagli utili veri e propri in quanto mentre questi ultimi rappresentano la remunerazione del capitale e vengono distribuiti in proporzione al capitale conferito da ciascun socio, il ristorno costituisce lo strumento per attribuire ai soci il vantaggio mutualistico derivante dai rapporti scambio intrattenuti con la cooperativa traducendosi nelle cooperative di consumo nel rimborso di parte del prezzo pagato per i beni o servizi acquistati dalla cooperativa ovvero nelle cooperative di produzione e lavoro in integrazione della retribuzione corrisposta dalla cooperativa per le prestazioni del socio (**Cass. Civ. 24 febbraio 2015, n. 3701**, in *Mass. Giur. it.*, 2015; **Cass. Civ. 22 maggio 2015, n. 10641**, in *Mass. Giur. it.*, 2015). Ma sulla natura sostanziale di utile del ristorno, oltre alla dottrina prevalente, si v. da ultimo la **sentenza Corte di Giustizia UE 7 luglio 2022**, Caso Italy Emergenza Coop. Sociale contro ASL Barletta - Andria - Trani et. Al, in Racc. 2022-532.
Atteso che il ristorno viene riconosciuto al socio in sede di approvazione del bilancio ai sensi dell'art. 2545-*sexies* c.c. proporzionalmente alla quantità e qualità degli scambi mutualistici (ma è ammessa - cfr. Circ. n. 35/2008 Agenzia Entrate - la pratica del c.d. **ristorno anticipato**) e che a livello contabile allo stato può essere trattato come un costo o un utile, alla luce degli artt. 2512 e 2516 c.c., nonostante ormai del tutto isolati pareri - **Trib. Nocera Inferiore 20 ottobre 2004**, in *Giur. comm.*, 2005, II, 191 - l'attuazione della causa mutualistica si realizza attraverso un **rapporto di scambio ulteriore e distinto** rispetto al vincolo sociale. In altri termini il socio di una cooperativa è parte di un duplice rapporto, l'uno di tipo associativo legato alla sua qualità di socio, l'altro derivante dal contratto di scambio conseguente al contratto per effetto del quale egli si appropria del bene o del servizio resogli dall'ente, contratto che può avere le caratteristiche di un contratto tipico -come è il caso nelle cooperative di lavoro giusto il

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



disposto della L. n. 142/2001 - o atipico come risulta nelle cooperative a proprietà indivisa - (così **Cass. Civ. 13 maggio 2021, n. 12949**, in *Mass. Giur. it.*, 2021; **Cass. Civ. 31 luglio 2014, n. 17465**, in *Mass. Giur. it.*, 2014; **Cass. Civ. 12 dicembre 2014, n. 26222**, in *Mass. Giur. it.*, 2014; **Cass. Civ. 28 marzo 2007, n. 7646**, in *Mass. Giur. it.*, 2017; **Trib. Bologna 13 dicembre 2006**, in *Guida dir.*, 2007, 17, 81).
Corollario della nozione di mutualità è il rispetto del principio di **parità di trattamento** nella costituzione ed esecuzione dei rapporti mutualistici di scambio, principio introdotto dall'art. 2516 e che va inteso in senso relativo e non assoluto dovendosi cioè tener conto delle concrete circostanze in cui si realizza lo scambio (**Cass. Civ. 2 aprile 2004, n. 6510**, in *Mass. Giur. it.*).
In ogni caso la violazione di tale principio non determina la nullità del contratto, ma può eventualmente giustificare un'azione di responsabilità nei confronti degli organi sociali *ex* art. 2395 c.c. (**Cass. Civ. 23 marzo 2004, n. 5724**, in questa Rivista, 2004, 1241; **Trib. Napoli, Sez. Impr., 6 aprile 2022, n. 3448**, in questa *Rivista*, 2022, 860).
Da ultimo, sui caratteri distintivi della cooperativa non può non essere segnalata la decisione della **Corte cost. 12 aprile 2022, n. 93**, in questa Rivista 6, 685, che escludendo disparità di trattamento rispetto alle altre società con riferimento all'obbligo di accertamento dello stato di insolvenza anche per le cooperative sotto soglia *ex* art. 1 l.fall., prende spunto da ciò per delineare le caratteristiche identitarie dell'istituto che riconosce in un'attività non lucrativa e in una funzione che rende la cooperativa parte della c.d. economia sociale.

**Le cooperative a mutualità prevalente**

La riforma societaria del 2003, come è noto, ha modificato in modo sostanziale i requisiti delle cooperative che intendono godere delle agevolazioni fiscali non solo riscrivendo all'art. 2514 c. c. le clausole mutualistiche antilucrative di cui all'art. 26 della Legge Basevi, ma anche aggiungendo all'art. 2513 c.c. specifici criteri per il calcolo della prevalenza a cui le cooperative agevolate in ragione della loro tipologia devono adeguarsi documentando il rispetto di tale requisito nelle scritture contabili e, in particolare, nella nota integrativa. E così, salvo specifici regimi derogatori, per alcuni tipi di cooperative (artt. 111-*undecies* e 223 disp. Trans.) quanto alle cooperative di consumo e di utenza tale requisito sussisterà qualora i ricavi delle vendite dei beni e delle prestazioni di servizio verso i soci siano superiori al 50% del totale dei ricavi. Ancora nelle cooperative in cui vengono conferiti beni da parte dei soci, il costo di tali beni dovrà essere superiore al 50% del totale delle merci acquistate o conferite. Infine nelle cooperative di produzione e lavoro il costo del lavoro dei soci indipendentemente dalla presenza di apparati tecnologici rilevanti (**Trib. Napoli 12 aprile 2005**, in *Giur. comm.*, 2007, II, 836) deve essere superiore al 50% del costo complessivo del lavoro ai sensi dell'art. 2425 c.c., comma 1, punto B 9 per il lavoro subordinato, al punto B7 per il lavoro autonomo. E dove peraltro nel giudizio di prevalenza è corretto fare riferimento al parametro dell'ammontare delle retribuzioni dell'una e dell'altra categoria di lavoratori annotate a bilancio quale costo per il personale ricomprendendo per i soci anche i ristorni (**App. Bologna, Sez. III, 16 settembre 2014, n. 1965**, in *DeJure*).
Per quanto riguarda poi le **clausole mutualistiche** di cui all'art. 2514 c.c., clausole che si rifanno a quelle della Basevi con alcune significative aggiunte, oggetto di discussione è la portata del punto a) dell'articolo in questione che fissa il divieto "di distribuire dividendi in misura superiore all'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi aumentato di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato", limite che secondo l'Agenzia delle Entrate (**parere 13 febbraio 2006, prot. 6153/2006**) si applicherebbe (ma la dottrina è di diversa opinione) a tutti i soci, finanziatori compresi.
Resta infine da dire del tormentato tema del passaggio dalla prevalenza alla non prevalenza (e viceversa), passaggio che può realizzarsi *ex* art. 2545-*octies* c.c. involontariamente quando per due esercizi consecutivi la cooperativa non riesca a rispettare la condizione di prevalenza oppure qualora volontariamente la cooperativa modifichi le clausole mutualistiche dell'art. 2514 c.c. In questo secondo caso sarà necessario redigere un bilancio straordinario che attesti il valore effettivo del patrimonio tenendo conto dell'avviamento e degli eventuali plusvalori delle varie poste. Tale bilancio dovrà altresì essere accompagnato dal parere del revisore esterno, ove esistente, approvato entro novanta giorni dall'eliminazione delle clausole e certificato senza rilievi da una società di revisione e notificato entro sessanta giorni al Ministero dello sviluppo economico.
Detto che tali obblighi non sussistono nel caso di perdita involontaria della prevalenza (salvo siano stati emessi strumenti finanziari) sussistendo semmai l'obbligo di segnalazione della perdita della prevalenza all'Amministrazione presso cui è tenuto l'Albo delle società cooperative, resta da dire delle conseguenze in caso di eliminazione delle **clausole mutualistiche** sulle quali esiste una diversità di opinione della dottrina e della Autorità amministrativa e della giurisprudenza. Mentre infatti secondo la prima la determinazione del valore del patrimonio vale unicamente ai fini della imputazione a riserva indivisibile di tale valore, per la

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



Commissione Centrale delle Cooperative, l'Agenzia delle Entrate e per **Trib. Mantova 17 marzo 2009**, in questa *Rivista*, 2010, 201, occorrerà anche devolvere ai fondi mutualistici il patrimonio effettivo della società. Sul tema è intervenuta anche la **Corte cost. 23 maggio 2008, n. 170**, in questa *Rivista*, 2009, 1251, che ha statuito l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 17, L. n. 388/2000 là dove stabilisce che le norme sulla devoluzione disinteressata del patrimonio delle società cooperative si applicano anche in caso di fusione e trasformazione, principio quest'ultimo ribadito da **Cass. Civ. 12 novembre 2013, n. 25368**, in *Giur. comm.*, 2014, II, 172.
Da ultimo in linea con gli orientamenti della dottrina è intervenuta l'**ordinanza Cass. Civ. 28 luglio 2022, n. 23602**, in questa *Rivista*, 2022, 1231, che ha statuito in modo definitivo come la soppressione delle clausole mutualistiche non comporti l'obbligo di devoluzione ma solo della determinazione del patrimonio ai fini della sua imputazione a riserva indivisibile.

**Trattamento fiscale e aiuti di stato**

Il trattamento fiscale delle cooperative rappresenta un *domaine juridique* complesso e in divenire e con riguardo ad esso in questa sede si può solo constatare come il trattamento di favore non riguardi solo le cooperative a mutualità prevalente, ma, sia pure in misura minore, anche le non prevalenti.
In ragione di ciò la nostra cassazione oltre ad aver investito in un primo tempo la Commissione europea in ordine al tema se tale trattamento fiscale costituisca o meno violazione dell'art. 107 TFUE sulla normativa in tema di aiuti di stato (**Cass. Civ. 17 febbraio 2006, n. 3525** ord., in *Foro it.*, 2006, I, 1028), successivamente con tre ordinanze (**Cass. Civ. 8 febbraio 2008, n. 3030; Cass. Civ. 8 febbraio 2008, n. 3031; Cass. Civ. 8 febbraio 2008, n. 3033**) ha investito della questione la Corte di Giustizia europea la quale, con sentenza Corte di Giustizia CE **8 settembre 2011, caso Paint Graphos e al. in Racc. 2011, P. I - 7611** ha escluso che ricorra la violazione della normativa sugli aiuti di stato qualora la cooperativa persegua la gestione di servizio ai soci.

**Costituzione. Particolarità**

Al di là delle questioni identitarie e generali sopra riferite, quanto alle modalità di costituzione la riforma del 2003 non ha introdotto grosse novità rispetto al passato ragion per cui a riguardo su questo argomento l'attenzione della giurisprudenza è stata tutto sommato del tutto marginale. In particolare detto che l'attività con i terzi deve ora essere espressamente prevista nello statuto e che è possibile optare per il sistema tradizionale o per i modelli dualistici o monistici, un'altra novità è costituita dalla possibilità a determinate condizioni di optare per il modello S.r.l. o S.p.a. dove peraltro al verificarsi di determinati requisiti la scelta diviene obbligata. In particolare a questo riguardo a fronte di un qualche margine di ambiguità dell'art. 2519, comma 2, c.c., in ordine alle condizioni al verificarsi delle quali trovano applicazione in quanto compatibili le norme sulla S.r.l., è stato precisato (**Trib. Sassari 20 luglio 2004**, in *Riv. not.*, 2005, 377) che le norme sulla S.r.l. si applicano qualora il numero dei soci sia inferiore a venti, oppure l'attivo patrimoniale sia inferiore a un milione di euro dove quindi le due condizioni devono intendersi alternative risultando sufficiente la sussistenza di un solo requisito per l'applicazione della forma S.r.l., conclusione invero assolutamente pacifica in dottrina.
Un altro profilo che nella redazione dello statuto deve essere considerato riguarda la possibilità o meno di prevedere anche per le cooperative S.r.l. di emettere **strumenti finanziari** o **azioni di sovvenzione** possibilità che il disposto dell'art. 2526 c.c. sembrerebbe escludere come opina **Trib. Perugia 15 marzo 2005, contra Trib. Mantova 22 febbraio 2005**, entrambe in *Riv. not.*, 2005, 401. A fronte di tali incertezze è intervenuto l'art. 11, comma 3-*bis*, D.L. n. 145/2013 che pare ammettere anche per queste cooperative l'emissione di strumenti di capitale quali le azioni di sovvenzione.
Ancora in ordine alla validità delle clausole dello statuto **Cass. Civ. 17 luglio 2008, n. 19719 e Cass. Civ. 8 agosto 2016, n. 16622**, in *Giur. comm.*, 2017, II, 627 hanno statuito la validità della clausola, piuttosto frequente, prevedente nelle cooperative a responsabilità limitata l'obbligo dei soci di rimborsare alla società tutte le spese e gli oneri per il suo funzionamento trattandosi di un obbligo perfettamente compatibile con la realizzazione dell'oggetto sociale.
Infine in margine alle questioni legate alla redazione dello statuto merita ricordare **Trib. Verona 27 settembre 2004**, in *Giur. mer.*, 2005, 1, 91 secondo cui trova applicazione anche per le cooperative l'art. 34, comma 5, D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 prevedente maggioranza rafforzate (2/3) in caso di introduzione di una clausola compromissoria.

**Ammissione - Recesso - Esclusione**

Le vicende relative all'ammissione, recesso ed esclusione del socio, in particolare quelle relative alle ultime due, sono quelle che in assoluto hanno maggiormente interessato l'attività giurisprudenziale.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



Quanto all'**ammissione del socio** le novità introdotte dalla riforma del 2003 prevedenti *ex* art. 2528 c.c. l'obbligo di motivare l'eventuale rigetto della domanda e la possibilità di ricorrere entro 60 gg. all'assemblea non hanno avuto un particolare riscontro a livello giurisprudenziale. Semmai ci si è interrogati con esiti apparentemente divergenti se l'annotazione della delibera nel libro soci costituisca prova dell'assunzione indiretta della qualità di socio, così **Cass. Civ., Sez. lav., 20 ottobre 2020, n. 22740**, in *D&G*, 21 ottobre 2020 (contra **Cass. Civ. 26 maggio 2006, n. 12627**, in *Giur. comm.*, 2007, II, 781).

Nessun dubbio invece che in caso di ammissione a socio a seguito della cessione della partecipazione, l'atto di disposizione rimane valido fra le parti, ma non è efficace verso la società in mancanza di autorizzazione degli amministratori atteso che il gradimento degli amministratori mira a consentire agli organi societari di verificare se il nuovo socio possieda i requisiti di appartenenza alla società (**Cass. Civ. 19 ottobre 2011, n. 21644**, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 10, 1480).

Sempre con riguardo all'ammissione del socio è stato ribadito il principio, già in vigore prima della riforma del 2003, dell'intrasmissibilità "*mortis causa*" della posizione di socio in capo agli eredi essendo prevista la continuazione solo se ciò sia previsto dallo statuto (**Cass. Civ. 16 maggio 2007, n. 11311**, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 5).

Ancora in margine all'ammissione del socio è stato ribadito il principio già oggetto di attenzione da parte della magistratura in passato (**Cass. Civ. 18 aprile 1998, n. 3942**, in *Giust. civ.*, 1998, I, 1879) che in assenza di una specifica clausola statutaria che attribuisca detto potere, non spetta al Consiglio, né all'assemblea il potere di imporre al socio un versamento in denaro ulteriore rispetto all'iniziale conferimento (**Cass. Civ. 9 maggio 2008, n. 11555**, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 5, 693).

Maggiore consistenza rispetto all'ammissione hanno le decisioni in tema di **recesso** disciplinato dall'art. 2532 c.c. che prevede il recesso legale ovvero nei casi previsti dalla legge o quello convenzionale ovvero nelle ipotesi indicate in statuto. È in ogni caso *ex* art. 2532 c.c., comma 1 vietato il recesso parziale (così anche **Cass. Civ. 27 dicembre 2021, n. 41515**, in *Mass. Giust. civ.*).

Quanto al **recesso legale**, a parte l'ipotesi di cui all'art. 2530, comma 6, c.c. che prevede il diritto di recesso quando sia pattuito statutariamente il divieto di cessione della partecipazione, pacificamente trovano applicazione le ipotesi di recesso di cui all'art. 2437 c.c. e all'art. 2473 c.c. sia pure adattate alle particolarità della cooperativa. È invece da ritenersi esclusa l'applicabilità del recesso per giusta causa di cui all'art. 2285, comma 2, c.c. (così **App. Bologna 4 marzo 2002**, in *Giur. it.*, 2002, I, 2, 2350; **Trib. Brindisi 21 dicembre 2005**, in *Redazione Giuffrè*) mentre a prescindere dalla questione dell'applicabilità o meno del comma 1, è pacifico che, ammessa ora la durata a tempo indeterminato, si possa equiparare ad essa una durata ritenuta eccedente la vita di un uomo.

In ogni caso il recesso legale del socio sancito dalla norma non può essere limitato o soppresso da clausole statutarie (così **Cass. Civ. 16 febbraio 2016, n. 2979**, in Mass. Giust. civ., 2016; **Trib. Napoli, Sez. impr., 24 marzo 2016**, in *Redazione Giuffrè*).

Quanto al **recesso convenzionale** la sussistenza delle condizioni per il suo esercizio è lasciato all'apprezzamento degli organi societari che peraltro non possono esercitare tale potere in modo arbitrario e immotivato (**Cass. Civ. 6 aprile 2001, n. 5126**, in questa *Rivista*, 2001, n. 1460; **Cass. Civ. 2 maggio 2006, n. 10135**, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 5; **Cass. Civ. 3 novembre 2017, n. 26190**, in *Riv. dott. comm.*, 2018, 1, 91) e in ogni caso, è stato specificato, l'accettazione del recesso può desumersi anche per *facta concludentia* (**Trib. Cagliari, Sez. impr., 12 maggio 2016, n. 1492,** in *societario.it*, 13 ottobre 2016).

Il recesso del socio non vale ad escludere la responsabilità del socio medesimo per gli obblighi sociali validamente assunti nel corso del rapporto (**Cass. Civ. 20 aprile 2020, n. 7918**, in *Guida dir.*, 2020, 29, 91). È stato peraltro chiarito che in caso di scioglimento del rapporto sociale limitatamente al socio di una cooperativa edilizia questi non ha solo diritto alla restituzione di quanto versato a titolo di conferimento, bensì anche con riguardo a quanto corrisposto, a titolo di anticipazione per l'acquisto dell'alloggio (**Trib. Milano, Sez. XV, 3 giugno 2019, n. 5257,** in *Redazione Giuffrè*, 2019).

Il tema dell'**esclusione** nel panorama giurisprudenziale cooperativo è senza dubbio alcuno in assoluto il più affollato riguardando in generale sia l'istituto in sé come disciplinato dall'art. 2533 c.c., sia la sua applicazione, per certi aspetti in parte controversa, con riferimento al rapporto di lavoro nelle cooperative di produzione e lavoro.

Come è noto ai sensi dell'art. 2533 c.c. il termine per proporre opposizione avverso la delibera di esclusione è stato elevato dalla riforma del 2003 dai 30 giorni di cui al precedente art. 2527 c. c. ai 60 giorni e decorre unicamente dalla comunicazione da parte della società restando irrilevante la conoscenza del provvedimento "*aliunde*" acquisita (**Cass. Civ., Sez. lav., 16 novembre 2016, n. 23353**, in *Mass. Giust. civ.*).

Nel caso sia previsto il ricorso ai probiviri, trattandosi di un procedimento endosocietario, il termine di 60 giorni decorre in questo caso solo da quando si sia perfezionata la

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



determinazione dei probiviri (**Cass. Civ. 19 luglio 2018, n. 19304**, in *Riv. dott. comm.*, 2018, 4742; **Cass. Civ. 1° aprile 2009, n. 7962**, in *Guida dir.*, 2009, 5, 53).
A sua volta è stato altresì precisato (**Cass. Civ., Sez. lav., 1° aprile 2016, n. 6373**, in *Dir. giust.*, 4 aprile 2016) la comunicazione deve avere un contenuto minimo necessario costituito dalla indicazione delle ragioni dell'esclusione così da porre il socio nelle condizioni di predisporre la difesa (**Trib. Monza 5 luglio 2001**, in questa *Rivista*, 2002, 891; **Cass. Civ. 9 maggio 2008, n. 11588**, in Mass. Gius. civ., 2008, 5, 693).
Non risponde a questo requisito la motivazione dell'esclusione del socio che si assume arrechi danno alla cooperativa e fomenti dissidi, essendo fondato il provvedimento su una clausola nulla per la sua indeterminatezza (così **Trib. Torino 19 gennaio 2001**, in questa *Rivista*, 2001, 1102).
In ogni caso quando si addebiti al socio l'inadempimento ai propri obblighi, deve in ogni caso trattarsi di una inadempienza particolarmente grave in ragione del perseguimento degli scopi della cooperativa (così **Trib. Torino 7 marzo** 2008, in *Foro pad.*, 2008, 1, I, 2001; **Trib. Salerno 4 luglio 2006**, in *Giur. comm.*, 2008, 1, II, 186; **Cass. Civ. 25 giugno 2009, n. 14901**, in *Riv. dott. comm.*, 2010, 1, 188). In ogni caso costituisce un grave inadempimento atto a giustificare l'esclusione del socio l'impossibilità di quest'ultimo al perseguimento dello scopo sociale con particolare riguardo alla partecipazione allo scambio mutualistico (**Trib. Como 20 aprile 2004**, in *Dir. e prat. soc.*, 2005, 5, 36).
Discusso è quando l'esclusione diventi efficace, ovvero se dalla comunicazione, dalla annotazione sul libro soci o, ancora dallo spirare del termine per l'impugnazione; nel senso della validità di una clausola che preveda la decorrenza degli effetti dall'iscrizione nel libro soci **Trib. Genova 28 aprile 2017**, in *Giur. comm.*, 2019, 5, II, 1104.
In ogni caso è stato precisato che in caso di esclusione per fallimento del socio non può considerarsi il credito relativo alla quota di liquidazione anteriore al fallimento con la conseguente esclusione della compensabilità dello stesso con i contrapposti crediti vantati dalla società nei confronti del socio (**Cass. civ., SS.UU., 23 ottobre 2006, n. 22659**, in Giur. it., 2007, I, 113).
In parallelo alle decisioni che hanno riguardato l'interpretazione dell'art. 2533 c.c. si è sviluppato un nutrito dibattito giurisprudenziale che più specificatamente si è occupato dell'impatto della disciplina lavoristica con quella civilistica con particolare riferimento alle cooperative di produzione e lavoro qualora il rapporto di scambio sia riconducibile a quello di lavoro subordinato.
A questo riguardo merita innanzitutto segnalare la decisione della **Corte cost. 28 dicembre 2006, n. 460**, in *Giust. civ.*, 2007, 3, I, 559, secondo cui la sottrazione al giudice del lavoro delle controversie tra soci e cooperative di lavoro è del tutto legittima dal punto di vista costituzionale. Va detto peraltro che a riguardo si sono registrate opinioni discordanti in caso di esclusione e conseguente licenziamento in ordine alla competenza del Tribunale ordinario (così **Cass. Civ. 6 dicembre 2010, n. 24692**, in *Foro it.*, 2011, 9, 1, 2264) ovvero del giudice del lavoro (**Cass. Civ. 24 novembre 2014, n. 24917**, in *Giur. comm.*, 2015, 6, II, 1245).
In ogni caso che l'esclusione del socio determini l'automatica estinzione del rapporto di lavoro senza che sia necessario uno specifico atto di licenziamento si è variamente espresso il S.C. (**Cass. Civ., Sez. lav., 5 luglio 2011, n. 14741**, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 4, II, 858; **Cass. Civ., Sez. lav., 12 febbraio 2015, n. 2802,** in *il giuslavorista.it*, 2015; **Cass. Civ., Sez. lav., 13 maggio 2016, n. 9916**, in *Dir. rel. ind.*, 2016, 3, 819). Per contro ne consegue che ove l'esclusione si fondi esclusivamente sul licenziamento per giusta causa, l'illegittimità del licenziamento comporta il ripristino del rapporto associativo (**Cass. Civ., Sez. lav., 23 gennaio 2015, n. 1259**, in *Mass. Giust. civ.*, 2015).
Nel caso poi si sia omesso di impugnare la delibera di esclusione e il licenziamento, l'omessa impugnativa della delibera esclude la tutela restitutoria della qualità di lavoratore, ma non preclude quella risarcitoria (**Cass. Civ., Sez. lav., 22 marzo 2019**, in *Mass. Giust. civ.*, 2019; **Cass. Civ., SS.UU., 20 novembre 2017, n. 27436**, in *Foro it.*, 2018, 11, I, 3677).

**Gli organi sociali - L'assemblea**

La disciplina degli organi sociali dovrebbe rappresentare una sorta di cinghia di trasmissione dei principi identitari della cooperativa, ma a riguardo il legislatore si è limitato per lo più a gettare addosso alle cooperative la coperta organizzativa delle società per azioni o S.r.l. sia pure con alcuni aggiustamenti. Ad esempio nel caso si scelga o debba scegliersi il modello spa ai cooperatori si apre la possibilità di optare per il sistema tradizionale latino, quello dualistico oppure quello monistico, possibilità invero poco utilizzate dalle cooperative.
Posta questa premessa non si può dire che le decisioni giurisprudenziali atte a connotare a riguardo la specificità del fatto mutualistico siano particolarmente numerose e significative.
Così con riferimento alla **convocazione** dell'assemblea è stato specificato che l'avviso non deve anticipare il contenuto delle deliberazioni essendo sufficiente che vengano indicati gli argomenti oggetto di trattazione (**Trib. Monza 15 gennaio 2004**, in *Giur. comm.*, 2004, II,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



551). Quanto poi specificatamente alle cooperative bancarie quotate senza pendenza di offerta pubblica sui titoli è stato specificato che per esse si applica il disposto dell'art. 2366 c.c. e non invece le norme regolamentari di cui al D.M. n. 437/1998.
L'avviso di convocazione di regola è firmato dal solo Presidente del Consiglio ma non mancano opinioni diverse (**Trib. Bari 28 giugno 2010**, in *Giur. comm.*, 2012, II, 205). In ogni caso deve considerarsi giuridicamente inesistente la delibera adottata da un'assemblea della cui convocazione non è stato dato avviso a tutti i soci (**Cass. Civ. 29 gennaio 2009, n. 2207**, in *Mass. Giur. it.*).
Quanto ai diritti dei soci intervenuti si ritiene che essi non solo possono esprimere la propria opinione sugli argomenti all'ordine del giorno, ma anche di chiedere informazioni e chiarimenti sia sulle materie oggetto di deliberazione, sia sull'andamento della gestione sociale (**Cass. Civ. 13 dicembre 2002, n. 17848**, in questa *Rivista*, 2003, 831). Un diritto, quest'ultimo che può essere limitato qualora la diffusione delle notizie possa arrecare pregiudizio alla società (**Cass. Civ., SS.UU., 21 febbraio 2000, n. 27**, in *Giur. comm.*, 2000, II, 73) valutazione che è lasciata alla decisione e regolamentazione del presidente dell'assemblea. In ogni caso può essere considerata invalida una delibera assunta prima che la discussione sul relativo punto all'ordine del giorno sia terminata, sempre che l'anticipazione della votazione non sia decisa all'unanimità (**Cass. Civ. 30 maggio 2008, n. 14558**, in *Mass. Giur. it.*, 2008).
Quanto alle **modalità di votazione** spetta all'assemblea decidere ancorché tale facoltà di scelta non sia indicata nell'avviso di convocazione (**Trib. Ariano Irpino 1° agosto 2003 e Trib. Ariano Irpino 22 ottobre 2003**, in *Giur. comm.*, 2004, II, 284). A riguardo con riferimento all'elezione degli amministratori si ritiene legittimo avvalersi di schede prestampate sempre che sia consentita la facoltà di cancellare i nominativi proposti sostituendoli con altri di proprio gradimento (**Cass. Civ. 29 novembre 2000, n. 15302**, in questa *Rivista*, 2001, 300).
Quanto al diritto di intervento in assemblea del socio escluso si è ritenuto che tale diritto non sussista ove l'esclusione sia stata annotata sul libro soci indipendentemente dal decorso del termine di 60 giorni per la proposizione dell'opposizione di cui all'art. 2533 (così **Trib. Salerno 28 ottobre 2008**, in questa *Rivista*, 2010, 477).
Sulla legittimità del **voto segreto** in occasione della nomina alle cariche sociali cfr. **Cass. Civ. 21 novembre 1996, n. 10279**, in *Foro it.*, 1997, I, 3651, legittimità che è contestata quando i soci godono del voto plurimo potendosi in questo caso divenire possibile il voto divergente (**Trib. Milano 8 novembre 2013**, in questa *Rivista*, 2014, 811). In ogni caso in ipotesi di voto segreto il socio che intenda impugnare la delibera deve far risultare a verbale il proprio dissenso (**Trib. Vallo della Lucania 23 marzo 2012**, in *Giur. comm.*, 2013, II, 63).
L'assemblea delle cooperative in forma spa è di regola competente ad assumere le decisioni in tema di aumento o riduzione del capitale, nonché di fissazione del sovrapprezzo, ma a differenza della cooperativa in forma S.r.l. non ha competenze gestorie salvo si tratti di cooperative di produzione e lavoro così come previsto dalla L. n. 142/2001 (cfr. **Cass. Civ. 8 febbraio 2021, n. 2967**, in *Foro it.*, 2021, 3, 1, 826).

**Amministratori - Sindaci**

Nonostante la disciplina degli organi sociali abbia subito con la riforma del 2003 e con successivi interventi modifiche non marginali rispetto al passato, non si può dire che su questi temi il panorama giurisprudenziale sia particolarmente affollato. E infatti per quanto sia stato introdotto il principio che una minoranza di amministratori può essere rappresentata da non soci, che sia vietata la figura dell'amministratore unico, che spetti ad essi documentare il mantenimento della condizione di prevalenza, nonché intervenire nelle decisioni che incidono su rapporti mutualistici con i soci e documentare *ex* art. 2545 c.c. il carattere mutualistico dell'attività, su questi temi non si registrano prese di posizione giurisprudenziali di particolare rilievo.
Posta questa premessa di carattere generale, va segnalata la sentenza che precisa l'ammissibilità della carica di amministratore con quella di socio lavoratore della cooperativa (**Cass. Civ. 23 novembre 2021, n. 36362**, in *Giur. it.*, 2022, 1154) nonché le decisioni in punto compenso per l'attività gestoria che non può essere individuato con un riferimento automatico alle tariffe dei dottori commercialisti (**Cass. Civ. 17 ottobre 2014, n. 22046**, in *Mass. Giust. civ.*, 2014) pur essendo legittimo prevedere la gratuità della carica (**Cass. Civ. 1° aprile 2009, n. 7961**, in *Mass. Giust. civ.*, 2009). Poste queste precisazioni è stato altresì precisato che pur in presenza di un amministratore lavoratore dipendente della cooperativa, l'azione di responsabilità *ex* art 2393 c.c. non rientra nella competenza del giudice del lavoro, così come l'invalidità delle delibere del consiglio può essere dichiarata d'ufficio dal giudice (**Cass. Civ. 28 aprile 2021, n. 11224**, in *Mass. Giust. civ.*, 2021).
Come per gli amministratori ugualmente poco affollato è il panorama giurisprudenziale con riferimento ai sindaci.
Riguardo ad essi merita segnalare **Cass. Civ. 31 maggio 2008, n. 4640**, in *Giur. comm.*, 2010, II, 219**,** che ha statuito il carattere oneroso dell'incarico ove l'entità del compenso venga

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



determinata dal giudice non essendo di ostacolo la clausola statutaria che demandi all'assemblea la scelta se remunerare o meno il sindaco. Con riferimento poi alla possibilità che la cooperativa in forma S.r.l. possa nominare un sindaco unico ed eventualmente un sindaco supplente si è espresso esplicitamente **Trib. Milano 11 marzo 2019**, in *Giur. it.*, 2019, 1579. Quanto invece alla decadenza dalla carica, questa opera automaticamente nei confronti del sindaco che si trovi in una situazione di ineleggibilità, così **Cass. Civ. 23 ottobre 2014, n. 22575**, in *Giur. comm.*, 2016, II, 592. Atteso poi che i sindaci rispondono solidalmente con gli amministratori *ex* art. 2407 c.c. per omessa vigilanza, non vale ad escludere tale responsabilità la generica richiesta al consiglio di chiarimenti, quando tale richiesta sia stata inevasa e non sia stata seguita da alcuna reazione da parte del Collegio (**Trib. Como 17 marzo 2005**, in *Giur. comm.*, 2007, II, 408). Ugualmente sussiste la responsabilità della vigilanza del Ministero dello Sviluppo Economico (MISE) ancorché i soci non abbiano attivato i poteri di controllo ad essi spettanti *ex* artt. 2408 e 2422 c.c. (**Cass. Civ. 9 ottobre 2013, n. 22925**, in *Mass. Giust. civ.*, 2013).

**Il commissariamento e il controllo del Tribunale, l'applicabilità del 2409 c.c. alle cooperative**

La gestione commissariale di cui all'art. 2545-*sexiesdecies* c.c. rappresenta con lo scioglimento anticipato e la sostituzione dei liquidatori l'ossatura attorno a cui si compone il sistema di vigilanza governativa.
In particolare il commissariamento è un atto discrezionale dell'autorità di vigilanza e può essere comminato solo in presenza di irregolarità gravi. Al fine di eliminare tali irregolarità il Commissario può compiere tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale (**Cass. Civ. 5 luglio 2000, n. 8956**, in questa *Rivista*, 2000, 304) ma deve comunque nel corso della sua attività rispettare anche la disciplina degli amministratori sia pure nel limite di compatibilità con la sua carica (**Cass. Civ. 16 febbraio 2007, n. 3694**, in *Mass. Giust. civ.*, 2007). A questo riguardo **Cass. Civ., SS.UU., 19 gennaio 1974, n. 631**, in *Giur. comm.*, 1974, II, 258 ha chiarito che l'attribuzione al Commissario di tutti i poteri dell'assemblea ordinaria e straordinaria è possibile solo se il relativo provvedimento indichi specificamente gli atti che il commissario è legittimato a compiere.
Discusso è poi se le deliberazioni assembleari prese durante la gestione commissariale siano valide se approvate dal commissario (così **Trib. Napoli 8 febbraio 1999**, in *Foro nap.*, 1999, 54).
In ogni caso, è stato chiarito, il commissariamento non preclude la dichiarazione di stato di insolvenza (**Trib. Roma 5 marzo 2009**, in *Fall.*, 2009, 481) non essendovi nessuna pregiudizialità tra i due procedimenti.
Parallelamente al commissariamento deciso dal Ministero in caso di fondati sospetti di gravi irregolarità, l'art. 2545-*quinquiesdecies* c.c. prevede per i fatti di cui all'art. 2409 c.c. la possibilità di ricorrere all'autorità giudiziaria sempre che si tratti di irregolarità che possano recare danno alla società e la denuncia sia fatta da soci che rappresentino almeno un decimo del capitale ovvero rappresentino un decimo del numero complessivo dei soci o un ventesimo nelle cooperative con più di tremila soci. E nel senso di ritenere applicabile l'istituto anche alle cooperative in liquidazione **cfr. Trib. Verona 7 agosto 2012**, in questa *Rivista*, 2012, 1243.
Discusso in passato era se il ricorso al **controllo giudiziario** di cui all'art. 2409 c.c. fosse estensibile anche alle cooperative in forma S.r.l., dubbi che la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza hanno spazzato via (**Trib. Cagliari 15 novembre 2006, n. 6937**, in *Riv. giur. sarda*, 2008, 343; **Trib. Roma 9 maggio 2007**, in questa *Rivista*, 2008, 739; **Trib. Salerno 26 febbraio 2008**, in *Foro it.*, 2009, I, 2650; **Trib. Salerno 22 febbraio 2011**, in *Giur. comm.*, 2012, II, 419; **Trib. Verona 7 agosto 2012**, in questa *Rivista*, 2013, 649).
L'**insolvenza delle cooperative** è disciplinata dall'art. 2545-*terdecies* c.c. che affida all'Autorità di Vigilanza il compito di disporre per le cooperative insolventi la liquidazione coatta amministrativa ancorché quelle svolgenti attività commerciali siano soggette anche al fallimento (ora liquidazione giudiziale) e dove l'ammissione ad una procedura preclude l'apertura dell'altra (così **Trib. Caltagirone, Sez. fall., 25 settembre 2014**, in *il fallimentarista.it*, 3 ottobre 2014; **Cass. Civ., Sez. lav., 25 settembre 2003, n. 14279**, in *Dir. e giur. agr.*, 2004, 631). A questo proposito al fine di accertare quale delle due procedure sia attivata per prima con riferimento all'apertura della l.c.a. rileva la firma del decreto di liquidazione coatta da parte del Ministero e non la sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale (così **Trib. Reggio Emilia 3 novembre 2015**, in *www.ilcaso.it*). Quanto poi all'accertamento se si tratti o meno di attività commerciale non basta a riguardo limitarsi a esaminare l'atto costitutivo della cooperativa, ma occorre accertare l'attività effettivamente svolta (**Cass. Civ. 10 ottobre 2019, n. 25478**, in *Studium iuris*, 5, 2020, 614).
Nel senso che ad una cooperativa sociale in quanto di diritto impresa sociale sia applicabile esclusivamente la liquidazione coatta amministrativa cfr. **Trib. Siracusa 5 maggio 2021**, in questa *Rivista*, 2021, 799.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



Da ultimo in argomento va segnalata la sentenza della **Corte cost. 12 aprile 2022, n. 93,** in questa *Rivista*, 2022, 695, che ha dichiarato non fondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 202, comma 1, l.fall. (ora art. 298, comma 1, CCII), nella parte in cui prevede che il Tribunale deve pronunciare sentenza di accertamento dello stato di insolvenza di cooperativa sottoposta a lca anche in assenza dei requisiti richiesti per la dichiarazione di fallimento (ora liquidazione giudiziaria).

Correlato alla questione dell'insolvenza è il tema dei **privilegi dei crediti** delle cooperative di cui agli artt. 2751-*bis*, n. 5 e 5-*bis*, c.c.

Stabilisce la norma citata che hanno privilegio generale sui mobili "i crediti delle imprese artigiane e delle società ad enti cooperativi di produzione e lavoro per i corrispettivi dei servizi prestati e della vendita dei manufatti" nonché i crediti delle cooperative agricole per i corrispettivi della vendita dei prodotti.

In particolare con riguardo ai crediti delle cooperative di produzione e lavoro il privilegio è stato riconosciuto solo quando sia provata la prevalenza del lavoro dei soci rispetto a quello dei non soci (**Trib. Salerno 9 maggio 2001**, in *Dir. fall.*, 2003, 716) o del lavoro sull'apporto di capitale (**Trib. Monza 13 luglio 2005**, in *Fall.*, 2006, 448; **Trib. Milano 20 luglio 2004,** in *Giur. it.*, 2005, II, 305; **Trib. Grosseto 22 gennaio 2004**, in *Fall.*, 2004, 1057).

Successivamente al seguito dell'art. 82, D.L. 21 giugno 2013, n. 69 con la sentenza del **Trib. Modena 14 luglio 2015, n. 3980**, in questa *Rivista*, 2016, 49, è stato stabilito che gode del privilegio la cooperativa di produzione e lavoro, grande o piccola, purché regolarmente revisionata. Contro questa interpretazione **Trib. Milano 8 febbraio 2018**, in *Il societario.it*, 10 agosto 2018, che pretende che comunque si tratti di prestazione correlata all'attività lavorativa dei soci. In termini analoghi, ma con la pretesa che si sia altresì in presenza della prevalenza del lavoro dei soci sui non soci **Cass. Civ. 3 marzo 2022, n. 7085**, in *Mass. Giur. it.*, 2022; **Cass. Civ. 21 febbraio 2018, n. 4184**, in *Mass. Giur. it.*, 2018.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



# Osservatorio di giurisprudenza di legittimità

a cura di Romilda Giuffrè

## Intermediazione finanziaria

### L'obbligo di richiesta delle informazioni deve essere adempiuto al momento della conclusione del contratto

**Cassazione Civile, Sez. I, 4 novembre 2022, n. 32631 - Pres. Acierno - Rel. Catallozzi - Credito Emiliano S.p.a. c. G.**

*Intermediazione finanziaria - Richiesta di informazioni* ex *Reg. Consob n. 11522/1998 - Contestualità all'operazione - Necessità*

*(D.Lgs. n. 58/1998, art. 21; Reg. Consob n. 11522/1998, artt. 28, 29, 58)*

**L'obbligo di acquisizione, da parte dell'intermediario, delle informazioni richieste dall'art. 28, Reg. Consob n. 11522/1998, al fine di determinare la profilatura di rischio dell'investitore e la valutazione di adeguatezza delle singole operazioni, deve essere adempiuto al momento della conclusione del contratto quadro, non potendo essere sostituito da informazioni disponibili provenienti da altri rapporti contrattuali, salvo il caso in cui l'investitore stesso si sia rifiutato di fornire le notizie richieste e tale rifiuto risulti dal contratto quadro ovvero da apposita dichiarazione scritta** *(massima non ufficiale)*.

La Corte d'Appello di Roma, in accoglimento del gravame proposto da un investitore, condanna una società di intermediazione a risarcire il danno causato all'attore dall'avere egli acquistato titoli di uno stato sovrano poi andato in default nell'inosservanza degli obblighi informativi connessi all'apprezzamento del rischio (c.d. "*know your customer rule*"); in particolare, la Corte censura la tesi della società appellata, secondo cui l'obbligo informativo sarebbe stato assolto mediante il ricorso a dichiarazioni già rese dal cliente al medesimo intermediario per precedenti rapporti contrattuali. La Cassazione, nel confermare la costante giurisprudenza in materia di "riequilibrio dell'asimmetria del patrimonio conoscitivo-informativo delle parti in favore dell'investitore", sottolinea che "le altre informazioni disponibili" acquisite dall'intermediario possono essere usate non indistintamente ma solo in via integrativa ed a determinate condizioni, e rigetta il ricorso della società di intermediazione, enunciando il su esteso principio di diritto.
**Orientamento pacifico**.

## Società di capitali

### Qualificazione dei versamenti in denaro eseguiti a favore della società e diritto alla restituzione

**Cassazione Civile, Sez. I, 17 novembre 2022, n. 33957 - Pres. De Chiara - Rel. Vannucci - Gruppo Argenta S.p.a. ed altro c. M. ed altro**

*Società - Società di capitali - Versamenti - Qualificazione - In conto capitale - Assimilazione al capitale di rischio - Cedibilità - Limiti - Conseguenze*

*(Cod. civ. artt. 1325, 2350)*

**Il versamento di danaro fatto a società di capitali dal suo socio "in conto capitale" è assimilabile ai conferimenti e al capitale di rischio della società ed entra a far parte del suo patrimonio, sì che esso non determina la nascita di un credito verso la società, essendo la sua restituzione al conferente meramente eventuale, in quanto dipendente dalla condizione in cui verrà a trovarsi il patrimonio sociale al momento della liquidazione della società e alla possibilità che in tale patrimonio residuino valori sufficienti al rimborso dopo l'integrale soddisfacimento dei creditori sociali. Il contratto che ha per oggetto la cessione, a titolo oneroso, di tale inesistente credito verso la società, dal suo socio stipulato con un terzo, non è però nullo per mancanza del relativo oggetto, bensì determina l'attribuzione al cessionario della garanzia prevista dall'art. 1226, comma 1, c.c., recante disposizione di diritto speciale, derogatoria della disciplina della nullità del contratto per inesistenza del relativo oggetto; con la conseguenza che la cessione è valida, sì che il cessionario è tenuto al pagamento del prezzo che non diviene indebito ed è, al contempo, attributario della garanzia di cui al già citato articolo del codice civile** *(massima non ufficiale)*.

Il Tribunale di Rimini rigetta la domanda proposta da due soggetti, rispettivamente cessionario e garante, vòlta a far accertare l'inesistenza e, dunque, l'incedibilità di un credito vantato nei confronti di una S.r.l. "a titolo di finanziamento soci" con conseguente nullità del relativo contratto di cessione. La Corte d'Appello di Bologna, in riforma della sentenza di primo grado, accerta la nullità del contratto per inesistenza dell'oggetto, poiché il credito (iscritto a bilancio non tra i debiti della società, bensì alla voce "altre riserve", concorrenti alla formazione del patrimonio netto) era sorto in dipendenza di versamenti "in conto capitale" (e non di finanziamento) da parte dei soci e non era pertanto cedibile.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



La Suprema Corte, con ampia ed approfondita motivazione, cassa con rinvio, enunciando i su estesi principi di diritto.
**Orientamento pacifico: cfr. già Cass. Civ. n. 12539/1998 e Cass. Civ., SS.UU., n. 22659/2008.**

SOCIETÀ *VS* COMUNIONE

**Cassazione Civile, Sez. I, 17 novembre 2022, n. 33873 - Pres. Scaldaferri - Rel. Abete - S. ed altri c. F. ed altri**

*Società - Comunione - Differenze*

*(Cod. civ. art. 2247)*

**In tema di differenza tra società e comunione, in cui si verifica comunque un conferimento di beni o il fenomeno di una massa di beni comuni, rileva la prevalenza nella comunione dell'elemento statico e nelle società di quello dinamico, nel senso che i beni sui quali cade il condominio sono direttamente oggetto di godimento secondo la destinazione loro propria, mentre, nella società, sono strumento per il compimento di un'attività, i cui utili saranno poi ripartiti fra le parti** *(massima non ufficiale)*.

Il Tribunale di Bergamo accoglie la domanda degli eredi di un socio deceduto e li dichiara subentrati nella società immobiliare della cui compagine faceva parte il loro dante causa. La Corte d'Appello di Brescia rigetta il gravame, ritenendo che la società immobiliare svolgesse attività gestoria (di trasformazione e manutenzione dei fabbricati) e non di mero godimento, come invece sostenuto dagli appellanti. La Cassazione respinge il ricorso dei soci soccombenti e ribadisce, con i su estesi principi di diritto, un consolidato orientamento.
**Giurisprudenza pacifica.**

## SOCIETÀ DI PERSONE

AMMINISTRATORE *IN PROROGATIO IMPERII*

**Cassazione Civile, Sez. I, 22 novembre 2022, n. 34336 - Pres. Scaldaferri - Rel. Abete - S. c. Ansor S.n.c. di C. C. e C. ed altri**

*Società - Società di persone - Società in nome collettivo - Amministratori* - Prorogatio *dei poteri - Fattispecie*

*(Cod. civ. artt. 2274, 2385)*

**In tema di società di persone, l'art. 2274 c.c. - nel prevedere che, avvenuto lo scioglimento della società, i soci amministratori conservano il potere di amministrare limitatamente agli affari urgenti sino a quando non siano presi i provvedimenti necessari alla liquidazione - esplicita l'applicabilità del principio generale della *prorogatio* dei poteri degli amministratori sino alla loro sostituzione** *(massima non ufficiale)*.

L'attore, socio di una S.n.c., chiede al Tribunale di Torre Annunziata, *ex* art. 700 c.p.c., di affermare il proprio diritto di esaminare le scritture contabili ed i documenti della società, dalla quale era stato di fatto estromesso dalla madre (erroneamente nominata a maggioranza, e non all'unanimità, amministratrice unica) e dai fratelli. Premette che già il Giudice del Registro delle imprese aveva riscontrato l'illegittimità della nomina dell'amministratrice, ne aveva pertanto ordinato la cancellazione dal Registro e che il reclamo della stessa avverso tale ordine di cancellazione era stato rigettato. Nel costituirsi, tuttavia, parte convenuta eccepisce l'avvenuta esclusione, nelle more, del socio attore. Quest'ultimo propone pertanto opposizione alla delibera di esclusione, che viene prima sospesa e poi annullata dal Tribunale, in quanto il mandato era stato conferito dall'amministratrice illegittimamente nominata. Il gravame della società viene però accolto dalla Corte d'Appello di Napoli, che ritiene che la socia amministratrice illegittimamente nominata poteva aver agito in *prorogatio imperii*, e dunque legittimamente era firmataria della procura *ad litem*; afferma inoltre, nel merito, la legittimità dell'esclusione.
Su ricorso del socio soccombente, la Suprema Corte rigetta il ricorso, enunciando, in via processuale, il su esteso principio, ed in via di diritto censurando la mancanza di autosufficienza dei motivi di impugnazione.
**Orientamento pacifico: da ultima, Cass. Civ. n. 13516/2021.**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



# Osservatorio di giurisprudenza di merito

a cura di Martino Andreoni e Alessandra Stabilini

## Società a responsabilità limitata

### Art. 2399 c.c. e cause di ineleggibilità del sindaco

**Tribunale di Milano, Sez. Impr., 14 luglio 2022 - Pres. A. Simonetti - Giud. Rel. M.A. Ricci - Giud. A. Zana**

*Società di capitali - Società a responsabilità limitata - Sindaci - Revisione contabile - Indipendenza - Ineleggibilità - Decadenza*

*(Cod. civ. art. 2399, comma 1, lett. c)*

**Nel caso in cui venga devoluta al collegio sindacale anche la funzione di revisione contabile, la duplicazione delle funzioni rende ancor più pregnanti i vincoli imposti dalla legge per garantire l'indipendenza dei sindaci-revisori.**

*Società di capitali - Società a responsabilità limitata - Sindaci - Indipendenza - Ineleggibilità - Decadenza*

*(Cod. civ. art. 2399, comma 1, lett. c)*

**La prestazione di servizi regolari e continuativi di consulenza contabile e fiscale da parte del sindaco, personalmente o tramite lo studio professionale presso cui lo stesso presta la propria attività, integra la fattispecie di ineleggibilità e decadenza di cui all'art. 2399, comma 1, lett. c), c.c.**

*(Cod. civ. art. 2399, comma 1, lett.c e art. 1418, comma 1)*

*Società di capitali - Società a responsabilità limitata - Sindaci - Indipendenza - Ineleggibilità - Decadenza - Norma imperativa - Nullità - Restituzione*

**Il contratto sottoscritto tra la società e il sindaco che si trova nelle condizioni previste dall'art. 2399, comma 1, lett. c), c.c. è nullo ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., per contrarietà a norma imperativa e comporta il sorgere degli obblighi restitutori.**

*Società di capitali - Società a responsabilità limitata - Sindaci - Nullità contratto - Rapporto sociale - Emolumenti - Restituzione - Prescrizione*

*(Cod. civ. artt. 2949, 2946)*

**Nell'ipotesi in cui il contratto tra società e sindaco sia nullo per contrarietà all'art. 2399, comma 1, lett. c), c.c., tra i due soggetti non è sorto alcun valido rapporto sociale e la prescrizione quinquennale prevista dall'art. 2949 c.c. in materia di società non è applicabile; di conseguenza il diritto di ottenere la restituzione di quanto indebitamente pagato al sindaco si prescrive nel termine ordinario di dieci anni dal pagamento.**

*Società di capitali - Società a responsabilità limitata* - Soluti retentio - *Ordine pubblico - Norme imperative - Buon costume*

*(Cod. civ. art. 2035)*

**L'art. 2035 c.c., per il quale "chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume non può ripetere quanto ha pagato", non si applica ai casi di contratti contrari all'ordine pubblico e a norme imperative, qual è l'art. 2399, comma 1, lett. c), c.c., ma esclusivamente a quelli contrari al buon costume.**

Il Fallimento di E. S.r.l. ha agito nei confronti di due sindaci, FS e BP, al fine di fare accertare l'incompatibilità dei convenuti ai sensi dell'art. 2399, comma 1, lett. c), c.c. con la carica di componente del Collegio Sindacale in E S.r.l. e la conseguente decadenza dall'ufficio, nonché la perdita del diritto al compenso, e al fine di condannare FS e BP alla restituzione degli emolumenti percepiti.
FS e BP si sono costituiti in giudizio, separatamente, chiedendo il rigetto delle domande dell'attore, eccependo il primo, l'irripetibilità degli emolumenti ai sensi dell'art. 2035 c.c. ed entrambi la prescrizione del diritto alla restituzione degli emolumenti medesimi.
Il Tribunale chiarisce anzitutto che l'instaurazione con la società di cui il professionista è sindaco, di un rapporto di consulenza - non saltuario né occasionale e retribuito - compromette il connotato di indipendenza che intrinsecamente e necessariamente deve caratterizzare lo *status* del sindaco ai fini dell'esercizio della funzione di controllo che gli spetta (citando, sul punto, sentenza Trib. Milano 19 gennaio 2021, estensore Pres. A. Mambriani e tra le altre: Cass. Civ. n. 9392/2015; Cass. Civ. n. 7902/2013; Cass. Civ. n. 19235/2008; Cass. Civ. n. 11554/2008).
Il Tribunale rileva poi che la causa di incompatibilità in esame opera automaticamente ed in assenza di un procedimento accertativo formalizzato e che la duplicazione delle funzioni rende evidentemente ancor più pregnanti i vincoli imposti dalla legge per garantire l'indipendenza dei sindaci-revisori, osservando come nel caso di specie al collegio sindacale fosse attribuita altresì la funzione di controllo contabile (circostanza non contestata) *ex* artt. 2409-*bis*, comma 2, e 2409-*ter* c.c.
Il Tribunale osserva come, all'esito dei riscontri istruttori e documentali, risulti provato che: (i) E S.r.l. aveva affidato l'incarico di assistenza e consulenza in ambito fiscale e contabile, anche, tra l'altro, in vista della redazione dei bilanci e della tenuta dei libri contabili, allo Studio professionale D, con il quale sia FS sia BP collaboravano stabilmente; (ii) i convenuti erano i principali interlocutori degli addetti all'ufficio amministrativo di E S.r.l. per

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



qualsivoglia questione contabile e tributaristica. In sintesi, FS e BP erano - al momento in cui è sorto il rapporto di natura sociale con E S.r.l., con l'accettazione dell'incarico di componenti del collegio sindacale, e hanno continuato ad essere, anche in corso di rapporto - le figure di riferimento per la consulenza contabile della società. E le difese dei convenuti, volte a sostenere che gli stessi avrebbero ricoperto all'interno dello Studio professionale D posizioni del tutto autonome e indipendenti rispetto a quella del titolare, al quale solo sarebbe stato formalmente affidato l'incarico consulenziale, non sono state ritenute fondate.
Il Tribunale conclude dunque osservando che già al momento dell'accettazione dell'incarico di sindaci di E S. r.l., FS e BP già rendevano, "tramite" lo studio professionale presso cui entrambi (a diverso titolo) collaboravano, la propria prestazione consulenziale in favore della società e, nonostante ciò, nessuno dei due ha cessato, come invece sarebbero stati tenuti a fare, tale attività, ma anzi l'hanno portata avanti per anni parallelamente all'incarico sindacale ricoperto, in aperta violazione del disposto di cui al predetto art. 2399, comma 1, lett. c), c.c., spingendosi addirittura a predisporre o comunque a collaborare nella predisposizione dei bilanci sociali.
Sulla scorta dell'esame dei compensi, il Tribunale rileva che anche dal punto di vista economico i sindaci sarebbero stati privi di indipendenza.
Posta la coincidenza tra la figura di consulenti fiscali e contabili e quella di sindaci della società e, dunque, l'inevitabile assenza in capo agli stessi dell'indipendenza *ex lege* richiesta per l'esercizio di tale funzione sociale - indipendenza che, invece costituisce caratteristica intrinseca e necessaria dello *status* di sindaco e dell'esercizio della relativa funzione - il Tribunale conclude che il rapporto tra E S.r.l. e i sindaci convenuti è sorto *ab origine* irrimediabilmente viziato e pertanto il contratto tra la società e i sindaci deve ritenersi nullo *ex* art. 1418, comma 1, c.c. per contrarietà a norma imperativa (*id est* l'art. 2399 c.c.); conseguentemente i pagamenti dei compensi in favore di FS e BP sono stati effettuati in assenza di valido titolo e sussiste, pertanto, in capo ai convenuti un preciso obbligo restitutorio, con conseguente inevitabile condanna degli stessi alla ripetizione di quanto *sine titulo* tempo per tempo percepito.
Il Tribunale rigetta l'eccezione di prescrizione del diritto alla restituzione dei compensi ai sensi di cui all'art. 2949 c. c., osservando che, non essendo sorto alcun valido rapporto sociale tra E S.r.l., da una parte, e FS e BP, dall'altra, è da escludersi che possa applicarsi al caso di specie la disposizione sulla prescrizione quinquennale di cui all'art. 2949 c.c. in materia di società. Diversamente, il diritto ad ottenere la restituzione di quanto indebitamente pagato si prescrive nel termine ordinario di 10 anni dal pagamento.
Il Tribunale rigetta poi l'eccezione di *soluti retentio* sollevata dal convenuto FS, rilevando che il disposto di cui all'art. 2035 c.c. - per il quale "chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume non può ripetere quanto ha pagato" - non si applica ai casi di contratti contrari all'ordine pubblico e a norme imperative, come è nel caso di specie, ma esclusivamente a quelli contrari al buon costume, essendo noto che i "buoni costumi" attengono a un corpo di regole deontologiche non formalizzate e riconducibili ad un ambito pre-giuridico. L'espresso divieto posto dall'art. 2399 c.c. toglie ogni spazio di rilevanza dell'art. 2035 c.c. nel caso di specie.
**In senso conforme alla prima massima, si veda la sentenza Trib. Milano 19 gennaio 2021, inedita.**

**In senso conforme alla seconda massima si veda, tra le altre, Cass. Civ. 8 maggio 2015, n. 9392.**
**Non si rinvengono precedenti in termini con riguardo alla terza, alla quarta e alla quinta massima.**

## Art. 2471 c.c. e vincoli al trasferimento delle quote di S.r.l.: le clausole di prelazione e di gradimento

**Tribunale di Siracusa, Sez. I, 26 maggio 2022 - Pres. V. Milone - Giud. A. Alì - Giud. Rel. N. Rusconi**

*Società di capitali - Società a responsabilità limitata - Espropriazione della partecipazione - Efficacia - Vincoli al trasferimento - Clausola di prelazione - Clausola di gradimento*

*(Cod. civ. art. 2471)*

**Il meccanismo previsto dall'art. all'art. 2471, comma 3, c.c. (richiamato dall'art. 106 l.fall.) - che mira a realizzare un contemperamento fra il diritto del creditore procedente sottoporre ad espropriazione i beni del suo debitore e l'interesse organizzativo della società al controllo delle variazioni della sua compagine sociale - deve ritenersi applicabile in presenza di qualunque clausola statutaria di limitazione della trasferibilità delle quote, sia di gradimento o di prelazione.**

Con ricorso depositato il 1° aprile 2022, il ricorrente presentava reclamo al Tribunale avverso il decreto emesso dal Giudice Delegato, con il quale veniva disposta la sospensione della vendita competitiva delle quote sociali della S.r.l. e la rimessione degli atti al liquidatore affinché desse corso agli incombenti necessari alla formalizzazione del trasferimento in favore del socio prelazionario.
In particolare, il Giudice, all'esito della aggiudicazione provvisoria delle quote della S.r.l. su istanza del socio prelazionario, aveva disposto la sospensione delle operazioni di vendita, prendendo atto dell'avvenuto esercizio del diritto di prelazione da parte del socio e ritenendo di dover assegnare il bene a quest'ultimo.
In sede di reclamo, ricorrevano sia l'aggiudicataria provvisoria sia la S.r.l. deducendo entrambe l'erroneità del provvedimento. In primo luogo, veniva evidenziata la violazione e falsa applicazione dell'art. 106 l.fall. (oggi traslato nell'art. 215, D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14) e dell'art. 2471 c.c., per avere il Giudice Delegato omesso di considerare che, per la vendita di quote di S.r.l., deve trovare applicazione il disposto di cui all'art. 2471 c.c., richiamato dall'art. 106 l.fall. (oggi traslato nell'art. 215, D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14). Oltre a quanto precede, veniva contestato l'errato riconoscimento del diritto di riscatto al socio prelazionario pretermesso. Infine, secondo i ricorrenti, il provvedimento verso cui era stato presentato reclamo sarebbe stato errato nella parte in cui aveva attribuito al liquidatore l'incarico di trasferire il bene, senza che il socio aggiudicatario avesse mai esercitato il proprio diritto di prelazione.
Si costituiva in giudizio il resistente, il quale, chiedendo la revoca del provvedimento reclamato l'accoglimento dell'istanza, oltre a proporre talune argomentazioni di merito, eccepiva l'inapplicabilità al caso di specie del disposto di cui all'art. 2471 c.c., per non essere, tale norma, riferibile al diritto di prelazione.
Il Tribunale ha ritenuto fondato il reclamo proposto. In particolare, il Collegio ha ritenuto che la procedura per l'esercizio del diritto di prelazione prevista dallo statuto della S.r.l., peraltro non correttamente eseguita nel caso in

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



esame, non avrebbe comunque potuto trovare applicazione in quanto, nel caso di specie, era applicabile il combinato disposto di cui all'art. 106 l.fall. (oggi traslato nell'art. 215, D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14) e all'art. 2471 c.c.
Il meccanismo di cui all'art. 2471, comma 3, c.c., secondo il Tribunale, mira a realizzare un contemperamento fra il diritto del creditore procedente a sottoporre ad espropriazione i beni del suo debitore e l'interesse organizzativo della società al controllo delle variazioni della sua compagine sociale e, pertanto, deve ritenersi applicabile a qualunque clausola statutaria di limitazione della trasferibilità delle quote, sia essa di gradimento o di prelazione.
Alla luce di quanto precede, il Tribunale ha accolto il reclamo e revocato il provvedimento del Giudice Delegato.
**In senso conforme alla massima si veda Cass. Civ. 7 novembre 2002, n. 15605, in *One LEGALE https://onelegale.wolterskluwer.it/.***

## Sequestro giudiziario di quote di S.r.l. e natura simulata del contratto di cessione quote

**Tribunale di Catanzaro, Sez. Impr., 1° agosto 2022 - Giud. F. Rinaldi - Fall. C. S.r.l. c. G.T e M.T.**

*Società di capitali - Società a responsabilità limitata - Sequestro giudiziario - Sequestro di quote - Azioni reali - Azioni personali - Restituzione*

*(Cod. proc. civ. art. 670)*

**Il sequestro giudiziario può essere concesso anche nel caso in cui l'attore eserciti un'azione personale, ma solo se la controversia ha per oggetto la restituzione del bene.**

*Società di capitali - Società a responsabilità limitata - Cessione di quote - Simulazione - Prova*

*(Cod. civ. artt. 1414 e 1417)*

**Al fine di provare la simulazione assoluta di un negozio, il terzo estraneo allo stesso deve provare in modo specifico la natura apparente del contratto, dimostrando che né una delle parti dell'accordo simulato abbia inteso trasmettere o rinunciare alla titolarità del diritto, né l'altra parte abbia inteso acquistarla. A integrare gli estremi della simulazione non è quindi sufficiente la prova che, attraverso l'alienazione di un bene, il debitore abbia inteso sottrarlo alla garanzia generica dei creditori.**

*Simulazione - Negozio simulato - Fallito - Curatela fallimentare - Terzietà - Prova - Indizi - Presunzioni*

*(Cod. civ. art. 1417)*

**Il curatore fallimentare assume la posizione di terzo, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1417 c.c., rispetto al negozio simulato concluso dal debitore poi fallito.**

*Società di capitali - Società a responsabilità limitata - Cessione di quote - Simulazione - Negozio simulato - Fallito - Curatela fallimentare - Terzietà - Prova - Dichiarazione - Atto notarile*

*(Cod. civ. artt. 1416, comma 2 e 1417)*

**Alla dichiarazione relativa al versamento del prezzo di cessione delle quote, quand'anche contenuta in un rogito notarile, non può attribuirsi valore vincolante nei confronti della curatela, stante la sua posizione di terzietà rispetto alla persona del debitore poi fallito, contraente del negozio simulato.**

Con ricorso *ex* art. 670 c.p.c., il Fallimento della società di fatto esistente tra C. S.r.l., I. S.r.l., C.T., C.T. 2 e P.T. ha convenuto in giudizio G.T. e M.T., per sentir accertare, in via principale, la nullità e/o la simulazione dei contratti di cessione di quote della 2T I. S.r.l.: (i) dell'11 ottobre 2006, con cui P.T. ha venduto al figlio G.T. la quota del 40% del capitale sociale della predetta società; (ii) dell'11 ottobre 2016, fra i medesimi soggetti, tramite cui il cedente ha venduto al figlio il 10% del capitale sociale della 2T I. S.r. l., e (iii) sempre dell'11 ottobre 2016, tra C.T. e il figlio M.T., con il quale è stata ceduta una quota pari al 40% del capitale sociale della 2T I. S.r.l. Conseguentemente, sempre in via principale, il Fallimento ha chiesto autorizzarsi il sequestro giudiziario nei confronti di G.T. e M.T. delle quote, pari al 50% per ciascuno, di partecipazione al capitale sociale di 2T I. S.r.l., ai sensi dell'art. 670 c.p.c., indicando di voler proporre domanda di restituzione delle quote medesime. A sostegno della propria domanda, il Fallimento ha dedotto che la natura simulata degli atti di cessione doveva evincersi dai rapporti di parentela sussistenti tra le parti dei predetti contratti, dal mancato versamento del corrispettivo (e, comunque, dall'irrisorietà del corrispettivo pattuito), dalla circostanza che l'amministrazione della società fosse rimasta affidata ai cedenti, dal forte indebitamento di questi ultimi e dalla giovane età dei cessionari.
I resistenti, costituitisi in giudizio, si sono limitati a rilevare che dagli indici sopra indicati non poteva desumersi un accordo simulatorio tra le parti, senza svolgere ulteriori allegazioni né fornire prova contraria.
Il Giudice ha anzitutto premesso che, in virtù del consolidato indirizzo della giurisprudenza, la tutela offerta dal sequestro giudiziario si è considerevolmente ampliata rispetto a quanto previsto dalla lettera dell'art. 670 c.p.c., essendo ammessa non solo per le azioni reali, ma anche per quelle personali che comportino una restituzione del bene (come nel caso di specie). Ha poi ribadito la necessità della sussistenza dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* ai fini della concessione del sequestro.
Quanto alla dedotta simulazione dei predetti accordi di cessione quote, il Tribunale ha rilevato come, al fine di accertare la simulazione assoluta del negozio, sia necessario provare specificatamente la natura meramente apparente dell'atto di cessione: deve provarsi, quindi, che né una parte abbia inteso trasmettere o rinunciare alla titolarità del diritto, né l'altra parte abbia inteso acquistarla, non essendo sufficiente la prova dell'intento del debitore di sottrarre il bene alla garanzia generica dei creditori attraverso la sua fittizia alienazione. È stato altresì osservato, con riguardo a tale specifica prova, che la curatela fallimentare, assumendo la posizione di terzo rispetto all'accordo simulato, può dimostrare la simulazione con ogni mezzo (ai sensi dell'art. 1417 c.c.), e, dunque, anche mediante il ricorso a indizi e presunzioni (purché gravi, precisi e concordanti), di cui il Giudice fornisce un elenco esemplificativo: il dissesto del debitore; la *causa simulandi*, quale quella di volersi sottrarre all'improvvisa responsabilità di un obbligo; l'essersi con la vendita spogliato l'alienante di ogni suo avere; il mancato esborso di alcuna somma da parte del debitore o l'aver dato atto nel rogito di vendita che il prezzo era già stato versato; il prezzo di gran lunga inferiore al valore della cosa venduta; il patto

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



di riscatto; la disponibilità ed il possesso della cosa rimasti al venditore, magari sotto forma di locazione; i rapporti di parentela, di affinità o di stretta amicizia tra alienante e acquirente; la clandestinità dell'atto; la coabitazione degli stipulanti.
Infine, il Giudice ha evidenziato che, nel caso di specie, la natura simulata dell'accordo si evince dalla mancata prova del pagamento del corrispettivo per la cessione delle quote: le parti resistenti, difatti, si erano limitate a dichiarare davanti al Notaio che il cedente aveva già percepito l'importo dovuto per la vendita (nel caso del primo e del secondo contratto), ovvero che il cessionario avrebbe dovuto corrispondere al padre il prezzo mediante bonifico bancario in data successiva all'atto dispositivo (nel caso del terzo contratto). Tali dichiarazioni, dal momento che la curatela fallimentare è soggetto terzo estraneo all'accordo, non sono sufficienti a integrare la prova dell'effettivo avvenuto pagamento.

Per tutte queste ragioni, il Tribunale ha ritenuto sussistente il requisito del *fumus boni iuris*, nonché il pericolo che, nelle more del giudizio di merito, le quote di partecipazione al capitale sociale della 2T I. S.r.l. fossero disperse mediante un'ulteriore cessione, e ha pertanto concesso la misura del sequestro giudiziario richiesta dal Fallimento ricorrente.
**In senso conforme alla prima massima si vedano Cass. Civ. 16 novembre 1994, n. 9645; Trib. Milano 29 gennaio 2003 e Trib. Monza 13 dicembre 2004, entrambe in *DeJure*.**
**In senso conforme alla seconda massima si veda Cass. Civ. 25 ottobre 2008, n. 25490.**
**In senso conforme alla terza massima si vedano Cass. Civ. 17 aprile 2014, n. 8949; Trib. Catania 14 febbraio 2020, Trib. Napoli 8 aprile 2021, entrambe in *DeJure*.**
**In senso conforme alla quarta massima si veda Cass. Civ. 17 aprile 2014, n. 8949.**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



# Osservatorio Consob

a cura di Angelo Busani e Giampaolo Grasso

## Sanzioni amministrative

### Offerta al pubblico abusiva

**Delibera 11 novembre 2021, n. 22083 @ In Bollettino Consob 6.1/22**

*Offerta al pubblico di prodotti finanziari - Prospetto di offerta - Poteri della Consob - Sanzioni amministrative*

*(D.Lgs. n. 58/1998, artt. 94, comma 1, 191, commi 1 e 5, 194-*bis*)*

**Accertamento della violazione dell'art. 94, comma 1, D.Lgs. n. 58/1998 e applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria nei confronti della società Alpha per avere la medesima svolto un'attività di offerta al pubblico italiano di strumenti finanziari in violazione della normativa rilevante.**

Con delibera dell'11 novembre 2021, n. 22083, la Consob ha applicato una sanzione amministrativa pecuniaria nei confronti della società Alpha ("**Alpha**" o "**Società**") a seguito dell'accertamento della violazione dell'art. 94, comma 1, D.Lgs. n. 58/1998 ("**T.U.F.**"), per avere la medesima posto in essere un'offerta al pubblico di prodotti finanziari senza aver effettuato la preventiva comunicazione alla Consob e in assenza dell'idoneo prospetto informativo.
In particolare, dall'attività di vigilanza era emerso che: (i) Alpha aveva posto in essere tramite un sito *internet* (il "**Sito**") riconducibile alla medesima e relativo *referral link* un'attività di offerta al pubblico italiano di prodotti finanziari senza aver effettuato la preventiva comunicazione alla Consob e in assenza del prescritto prospetto informativo, come previsto dall'art. 94, comma 1, T.U.F.; (ii) la proposta negoziale di Alpha aveva ad oggetto prodotti finanziari costituiti da *Equity Convertible Notes* ("**ECN**") emesse dalla società Beta ("**Beta**") al prezzo di euro 36,08 per ECN; (iii) sul Sito erano state fornite indicazioni sulla conversione in azioni della società emittente e sulla particolare remunerazione cui le ECN avrebbero dato diritto e, inoltre, in apposita sezione del Sito era risultata visualizzabile la variazione di prezzo delle ECN offerte.
Stante quanto sopra, la Commissione ha ritenuto che la proposta negoziale di Alpha fosse qualificabile come offerta al pubblico di prodotti finanziari di cui all'art. 1, comma 1, lett. t), T.U.F., alla luce della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie in parola, ossia: (i) la circostanza che l'attività avesse avuto ad oggetto prodotti finanziari (rilevata la sussistenza degli elementi qualificanti tale fattispecie e rinvenibili in un impiego di capitale, in una promessa/aspettativa di rendimento di natura finanziaria e, ancora, in un rischio connesso e correlato all'impiego del capitale); (ii) la presenza di una comunicazione volta a far acquistare o sottoscrivere detti prodotti finanziari; (iii) la rappresentazione dell'offerta in termini standardizzati e uniformi; (iv) la circostanza che la comunicazione fosse stata rivolta al pubblico residente in Italia.
Al termine del procedimento sanzionatorio la Commissione, ritenendo conclusivamente accertato, sulla base delle risultanze istruttorie, che la Società avesse promosso un'offerta al pubblico dei risparmiatori italiani di prodotti finanziari senza che il relativo prospetto informativo fosse stato pubblicato come prescritto dall'art. 94, comma 1, T.U.F., ha ritenuto di applicare ad Alpha una sanzione amministrativa pecuniaria pari ad euro 150.000,00.
Nello specifico la Commissione, nella quantificazione della sanzione, ha considerato che: (i) quanto alla gravità, la violazione aveva riguardato l'abusiva offerta al pubblico degli investitori italiani promossa dalla Società tramite il Sito avente ad oggetto prodotti finanziari rappresentati dalle "ECN" emesse da Beta; (ii) quanto alla durata, la violazione era stata posta in essere nel periodo intercorrente tra il 18 ottobre 2019 e il 28 ottobre 2019; (iii) la violazione risultava ascrivibile ad Alpha a titolo di dolo; (iv) allo stato degli atti non erano disponibili informazioni in merito alla capacità finanziaria della Società; (v) con riguardo ai vantaggi ottenuti da Alpha e ai pregiudizi arrecati a terzi, dalle numerose segnalazioni inviate da e per conto di investitori italiani era emerso che l'offerta era stata diffusa e promossa in modo capillare attraverso il *web*, in base ad un articolato programma di affiliazione e all'organizzazione di eventi pubblicizzati sul *web*, il che accentuava, nel caso di specie, l'esigenza di tutela degli investitori, in ragione del rischio che i medesimi potessero essere indotti a compiere atti di disposizione potenzialmente pregiudizievoli per i loro interessi in un contesto caratterizzato dalla promozione capillare dell'offerta e dall'inosservanza delle connesse prescrizioni in tema di prospetto informativo; (vi) non vi erano evidenze di forme di collaborazione intercorse con la Consob rilevanti ai fini dell'attenuazione della gravità dell'illecito; (vii) non risultava che Alpha fosse stata destinataria di precedenti provvedimenti sanzionatori in materia finanziaria da parte della Consob; (viii) non risultavano in atti potenziali conseguenze sistemiche della violazione; (ix) non risultavano misure adottate dai responsabili della violazione in seguito alla medesima al fine di evitare in futuro il suo ripetersi.

### Regole di governo societario e poteri di vigilanza

**Delibera 9 giugno 2022, n. 22348 @ In Bollettino Consob 6.1/22**

*Regole di trasparenza - Governo societario - Codici di comportamento - Poteri della Consob - Sanzioni amministrative*

*(D.Lgs. n. 58/1998, artt. 149, commi 1, lett. c-*bis*, 3, 193, comma 3, lett. a, 194-*bis*; L. n. 689/1981, art. 8, comma 1)*

**Accertamento della violazione dell'art. 149, comma 1, lett. c-*bis*), e comma 3, D.Lgs. n. 58/1998 e conseguente applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie nei**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



**confronti dei componenti dell'organo di controllo di una società per avere i medesimi mancato di esercitare i propri doveri e poteri di vigilanza.**

Con delibera del 9 giugno 2022 n. 22348, la Consob ha applicato sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti del Sig. Tizio ("**Tizio**"), della Sig.ra Caia ("**Caia**") e del Sig. Sempronio ("**Sempronio**"), già componenti del Collegio Sindacale della società Alpha ("**Alpha**") e - successivamente all'adozione del modello di *governance* monistico - componenti del Comitato per il Controllo sulla Gestione, a seguito dell'accertamento della violazione dell'art. 149, comma 1, lett. c-*bis*), e comma 3, D.Lgs. n. 58/1998 ("**T.U.F.**"), per non avere i medesimi esercitato i propri poteri e doveri di vigilanza con riferimento alle pratiche di governo societario concretamente adottate da Alpha.
Dall'attività di vigilanza svolta dalla Divisione *Corporate Governance*, Ufficio Controlli Societari e Tutela dei Diritti dei Soci, erano emerse gravi carenze nel sistema di governo societario di Alpha, che avevano evidenziato la concreta disapplicazione delle raccomandazioni previste dal Codice di Autodisciplina delle società quotate promosso da Borsa Italiana, nella versione di luglio 2018 ("**Codice di Autodisciplina**"), a cui Alpha aveva dichiarato di aderire nelle Relazioni sul governo societario e gli assetti proprietari con riferimento agli esercizi 2019 e 2020 ("**Relazione CG 2019**" e "**Relazione CG 2020**").
La Commissione ha pertanto rilevato che l'organo di controllo (i) non aveva ottemperato ai propri doveri di vigilare sulle modalità di concreta attuazione delle regole di governo societario previste dal Codice di Autodisciplina, cui la Società aveva dichiarato di aderire, ai sensi dell'art. 149, comma 1, lett. c-*bis)*, T.U.F.; (ii) non aveva comunicato senza indugio alla Consob le irregolarità riscontrate nel corso dell'attività di vigilanza, trasmettendo ogni documentazione utile al riguardo, in violazione dell'art. 149, comma 3, T.U.F., mancando altresì di comunicare alla Consob le carenze informative concernenti la Relazione CG 2019 e la Relazione CG 2020.
Al termine del procedimento sanzionatorio la Commissione, ritenendo conclusivamente accertate le predette violazioni, ha applicato nei confronti di Tizio, Caia e Sempronio, rispettivamente, una sanzione amministrativa pecuniaria pari ad euro 50.000,00 (euro 35.000,00 per la violazione dell'art. 149, comma 1, lett. c-*bis*, T.U.F., ritenuta più grave, aumentata, per effetto del cumulo giuridico, di euro 15.000,00 avuto riguardo alla violazione dell'art. 149, comma 3, T.U.F.).
Nello specifico la Commissione, nella quantificazione delle sanzioni, aveva considerato che: (i) quanto alla gravità, le violazioni in parola si erano sostanziate nell'inosservanza dei doveri di vigilanza e di comunicazione alla Consob, posti dall'ordinamento in capo all'organo di controllo quale referente primario nel circuito dei controlli sulle società quotate, in funzione di ausilio all'esercizio dei propri poteri da parte della Consob e allo scopo di tutelare gli interessi degli investitori e il mercato; (ii) quanto alla durata, entrambe le violazioni erano riferibili al periodo compreso tra i primi mesi del 2019 e il maggio 2020; (iii) le violazioni risultavano ascrivibili ai componenti dell'organo di controllo quantomeno a titolo di colpa; (iv) dagli atti non erano emersi elementi che rendessero determinabili specifici vantaggi ottenuti o perdite evitate attraverso le violazioni; (v) non risultavano in atti elementi che determinassero specifici pregiudizi cagionati a terzi attraverso le violazioni: (vi) non si erano registrate forme di collaborazione con la Consob idonee a incidere in senso attenuativo sulle sanzioni; (vii) non risultavano precedenti sanzioni applicate dalla Consob per violazioni in materia finanziaria; (ix) non erano ravvisabili potenziali conseguenze sistemiche delle violazioni; (x) non risultavano misure adottate dai responsabili delle violazioni, successivamente alle violazioni stesse, al fine di evitare, in futuro, il loro ripetersi.

OBBLIGHI DI TRASPARENZA IN MATERIA DI GOVERNO SOCIETARIO

**Delibera 9 giugno 2022, n. 22349 @ In Bollettino Consob 6.1/22**

*Regole di trasparenza - Governo societario - Poteri della Consob - Sanzioni amministrative*

*(D.Lgs. n. 58/1998, artt. 123-*bis*, comma 2, lett. a, 192-*bis*, commi 1 e 1-*bis *e 194-*bis*; L. n. 689/1981, art. 8, comma 1)*

**Accertamento della violazione dell'art. 123-*bis*, comma 2, lett. a), D.Lgs. n. 58/1998 e conseguente applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti di una società e di alcuni esponenti aziendali per non avere i medesimi correttamente ottemperato agli obblighi di trasparenza inerenti alle pratiche di governo societario.**

Con delibera del 9 giugno 2022, n. 22349, la Consob ha applicato una sanzione amministrativa pecuniaria nei confronti della società Alpha ("**Alpha**" o "**Società**"), nonché nei confronti del Sig. Tizio ("**Tizio**"), del Sig. Caio ("**Caio**"), della Sig.ra. Sempronia ("**Sempronia**"), della Sig.ra Mevia ("**Mevia**") e del Sig. Calpurnio ("**Calpurnio**") (all'epoca dei fatti Tizio ricopriva la carica di Presidente del Consiglio di Amministrazione, Caio quella di Consigliere e Segretario, Sempronia quella di Vicepresidente, Mevia quella di Consigliere e Calpurnio quella di Vicepresidente Vicario) a seguito dell'accertamento della violazione dell'art. 123-*bis*, comma 2, lett. a), D.Lgs. n. 58/1998 ("**T.U.F.**") per non avere i medesimi correttamente ottemperato agli obblighi di trasparenza inerenti alle pratiche di governo societario di Alpha.
In particolare, dall'attività di vigilanza svolta dalla Divisione *Corporate Governance*, Ufficio Controlli Societari e Tutela dei Diritti dei Soci era emerso che l'assetto di governo societario di Alpha fosse difforme rispetto allo schema formalmente approvato dal Consiglio di Amministrazione e rappresentato al mercato nelle Relazioni sul governo societario e gli assetti proprietari della Società con riferimento agli esercizi 2019 e 2020 (la "**Relazione CG 2019**" e la "**Relazione CG 2020**").
Segnatamente, l'Autorità di Vigilanza aveva riscontrato che, nelle Relazione CG 2019 e nella Relazione CG 2020, la Società avesse rappresentato un quadro informativo fuorviante, omettendo di riportare informazioni fondamentali in merito alle reali pratiche di governo societario adottate, alla reale struttura di governo societario, ai ruoli svolti dai Consiglieri, nonché in merito alla mancata adesione ad alcune raccomandazioni derivanti dall'autodisciplina.
Nello specifico era emerso che nella Relazione CG 2019 e nella Relazione CG 2020 Alpha avesse fornito al mercato un quadro informativo fuorviante e non completo avuto riguardo all'informativa pre-consiliare, al funzionamento del Consiglio di Amministrazione e al ruolo del Presidente, atteso che: (i) l'informativa pre-consiliare era risultata non idonea a consentire ai Consiglieri di adottare decisioni consapevoli e il ritardo o la mancata messa a disposizione della documentazione relativa alle materie all'ordine del giorno era risultata frequente anche in relazione a vicende

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



e decisioni molto rilevanti per la Società; (ii) erano state riscontrate conseguenti carenze in relazione alla dialettica consiliare e alla sua collegialità, circostanze che avevano comportato l'adozione di delibere basate su rilevanti asimmetrie informative tra un gruppo ristretto di Consiglieri, che condividevano informazioni rilevanti rispetto alla gestione sociale in via preventiva ed esclusiva, e il *plenum* del Consiglio; (iii) il Presidente non aveva svolto il proprio ruolo di garanzia di un'adeguata informativa a tutti i Consiglieri, di buon funzionamento dell'organo amministrativo e di coordinamento tra tutte le componenti del Consiglio di Amministrazione.
Al termine del procedimento sanzionatorio la Commissione, ritenendo conclusivamente accertate le predette violazioni, ha applicato: (i) nei confronti di Alpha una sanzione amministrativa pecuniaria pari ad euro 220.000,00 (euro 150.000,00 per la violazione concernente la Relazione CG 2019, ritenuta più grave, aumentata, per effetto del cumulo giuridico, di euro 70.000,00 in relazione alla violazione concernente la Relazione CG 2020) e (ii) nei confronti di Tizio, Caio, Sempronia, Mevia e Calpurnio, rispettivamente, una sanzione amministrativa pecuniaria pari ad euro 50.000,00 (euro 35.000,00 per la violazione concernente la Relazione CG 2019, ritenuta più grave, aumentata, per effetto del cumulo giuridico, di euro 15.000,00 avuto riguardo alla violazione concernente la Relazione CG 2020).
Nello specifico la Commissione, nella quantificazione della sanzione, aveva considerato che: (i) quanto alla gravità, la violazione in parola non era connotata da scarsa offensività o pericolosità, atteso che si era sostanziata nell'inosservanza di obblighi di informazione su profili di particolare rilievo per il mercato, in quanto posti a presidio della trasparenza in merito all'adesione ad un codice di autodisciplina e alle concrete pratiche di governo societario adottate dalla Società; (ii) quanto alla durata, le omissioni di informazioni avevano riguardato la Relazione CG 2019 e la Relazione CG 2020 di Alpha, approvate dal Consiglio di Amministrazione della medesima rispettivamente il 18 marzo 2020 e il 1° aprile 2021; (iii) la violazione risultava ascrivibile alla Società a titolo di colpa e ai componenti del Consiglio di Amministrazione a titolo di dolo, essendo stata accertata la conoscenza, da parte dei medesimi, dei profili di difformità tra il reale assetto di governo societario e la sua rappresentazione al mercato; (iv) quanto alla capacità finanziaria della Società, al 31 dicembre 2021 il patrimonio netto risultava pari ad euro 2.189.378.000 e il bilancio del relativo esercizio si era chiuso con un utile pari ad euro 6.991.000, mentre con riferimento alla capacità finanziaria dei componenti del Consiglio di Amministrazione non risultavano agli atti elementi informativi utili a stimarla; (v) dagli atti non emergevano elementi che rendessero determinabili eventuali vantaggi ottenuti o perdite evitate attraverso la violazione; (vi) non risultavano in atti elementi che rendessero determinabili eventuali pregiudizi cagionati a terzi attraverso la violazione; (vii) non si erano registrate forme di collaborazione con la Consob idonee ad incidere in senso attenuativo sulle sanzioni; (viii) nei confronti di Alpha e di Tizio erano state applicate sanzioni in precedenza dalla Consob per violazioni in materia finanziaria; (ix) non erano ravvisabili potenziali conseguenze sistemiche della violazione; (x) a seguito dei rilievi formulati dall'IVASS erano state adottate misure ed iniziative che, essendo finalizzate ad imprimere efficienza e trasparenza ai meccanismi di governo societario, risultavano idonee ad evitare, in futuro, il ripetersi della violazione accertata.

## Poteri della Consob

### Ordine di porre termine all'offerta abusiva

**Delibera 9 giugno 2022, n. 22353 @ In Bollettino Consob 6.1/22**

*Offerta al pubblico di servizi e attività di investimento - Soggetti e autorizzazione - Tutela degli investitori - Poteri di contrasto all'abusivismo*

*(D.Lgs. n. 58/1998, artt. 1, comma 5, 7-*octies*, comma 1, lett. b, e 18, comma 1)*

**La Commissione, ai sensi dell'art. 7-*octies*, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 58/1998, ha ordinato di porre termine all'attività abusiva consistente nell'offerta e nello svolgimento nei confronti del pubblico italiano di servizi e attività di investimento posta in essere tramite un sito *internet*, in violazione dell'art. 18, D.Lgs. n. 58/1998.**

Con delibera del 9 giugno 2022, n. 22353, la Consob ha ordinato, ai sensi dell'art. 7-*octies*, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 58/98 ("**T.U.F.**"), di porre termine alla violazione dell'art. 18 T.U.F., perpetrata tramite un sito *internet* (il "**Sito**"), consistente nell'offerta e nello svolgimento nei confronti del pubblico italiano di servizi e attività di investimento.
In particolare, dalle verifiche compiute sul predetto Sito a opera dell'Autorità di Vigilanza è emerso che: (i) mediante il Sito - attivo e disponibile anche in lingua italiana - veniva concessa all'utente la possibilità di negoziare sul mercato *Forex* e di fare *trading* su *CFD* relativi a valute digitali, azioni, indici e materie prime; (ii) per l'esecuzione delle predette operazioni di *trading*, all'utente era richiesta l'iscrizione sul Sito, la possibilità di accedere all'area riservata, depositare e prelevare somme di denaro sul conto di *trading*; (iii) quanto alla riconducibilità, nel Sito, veniva riportato un generico riferimento ad "*Alpha*", senza tuttavia fornire indicazioni sulla sede legale della medesima.
Nello specifico, la Commissione ha accertato che: (i) l'attività svolta tramite il Sito era riconducibile alla prestazione di servizi di investimento di cui all'art. 1, comma 5, T.U.F., in quanto era offerta agli utenti la possibilità di aprire un conto di *trading*, sul quale impartire ordini di acquisto e/o vendita aventi ad oggetto strumenti finanziari; (ii) l'offerta, ancora attiva al tempo dell'assunzione della delibera in commento, era rivolta anche al pubblico degli investitori italiani in quanto il Sito era consultabile anche in lingua italiana; (iii) il Sito non risultava riconducibile ad alcun soggetto autorizzato alla prestazione di servizi di investimento nei confronti del pubblico italiano.
Al termine delle predette attività di verifica, la Consob, in forza dell'art. 7-*octies*, lett. b), T.U.F., rubricato "Poteri di contrasto all'abusivismo", e nel perimetro delle facoltà da detta legge attribuitele, ha ordinato alla società "*Alpha*" di porre fine alla violazione dell'art. 18 T.U.F. realizzata tramite il Sito.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



# Osservatorio fiscale

a cura di Massimo Gabelli

## Accertamento

### Reato di omessa dichiarazione: l'esistenza di costi rilevanti per la determinazione dell'imposta evasa può essere provata ai fini penali anche attraverso la testimonianza

**Cassazione Penale, Sez. III, 10 novembre 2022, n. 42624 - Pres. E. Rosi - Rel. M.B. Magro**

La Corte di cassazione, con la sentenza 11 novembre 2022, n. 42624, ha chiarito che in ipotesi di reato di omessa dichiarazione l'esistenza di costi rilevanti ai fini della determinazione dell'imposta evasa può essere provata attraverso la prova testimoniale, non essendo necessario provare l'esistenza di una spesa esclusivamente tramite documenti.
Nel caso oggetto della sentenza l'Agenzia delle Entrate contestava al rappresentante legale di una società di aver omesso la presentazione della dichiarazione dei redditi relativa all'anno 2011, dalla quale era conseguito anche l'omesso versamento dell'IRES. La condanna veniva confermata in entrambi i gradi del merito. L'imputato ricorreva, quindi, in Cassazione, lamentando, tra gli altri motivi, un'errata applicazione della norma da parte dei Giudici di Appello che, nella determinazione dell'imposta evasa, non avevano considerato i costi sostenuti nella medesima annualità anche se non contabilizzati.
La Corte di cassazione ha accolto il motivo. I Supremi Giudici hanno dapprima rilevato che il Giudice di merito non ha ritenuto decisiva la prova testimoniale in ordine ad alcuni pagamenti. Nella specie, il commercialista della ricorrente aveva testimoniato circa l'esistenza di ulteriori costi che a giudizio della Cassazione avrebbero potuto incidere sulla determinazione dell'imposta evasa ed il conseguente superamento delle soglie di punibilità.
In particolare, secondo i Giudici di appello l'effettiva erogazione dei pagamenti avrebbe potuto essere provata solo sulla base di documenti e non in forza della testimonianza resa. La Suprema Corte ha evidenziato che tale conclusione, fondata su principi privatistici e tributari, è erronea ed in contrasto con la legge processuale penale nel cui ambito non sussistono limitazioni alla prova testimoniale, da ciò derivando che un pagamento può essere effettuato anche per testi.
I Giudici di legittimità hanno concluso che, nel caso in esame, l'assunzione della testimonianza del commercialista assume una rilevanza decisiva ben potendo incidere sulla determinazione della imposta evasa e sul superamento delle soglie ai fini della rilevanza penale.

### Ammesse le dichiarazioni dei terzi anche se non contenute in un PVC

**Cassazione Civile, Sez. trib., 28 ottobre 2022, n. 12046 - Pres. E. Cirillo - Rel. R. Guida**

La Corte di cassazione, nella ordinanza 25 ottobre 2022, n. 12046 ha chiarito che l'Amministrazione finanziaria ha la possibilità di basare la propria pretesa impositiva sulle dichiarazioni rese da un terzo, anche se le stesse non sono contenute in un processo verbale di constatazione.
Il caso oggetto della pronuncia origina da un avviso di accertamento emesso nei confronti di una società per il periodo di imposta 2014, in materia di Ires, Irap e IVA, in ragione della ritenuta inesistenza oggettiva di alcune operazioni, a causa della natura di "cartiera" di tre imprese fornitrici.
La società impugnava l'atto impositivo dinanzi la competente Commissione Tributaria Provinciale che rigettava il ricorso. Al contrario, la CTR accoglieva il ricorso della contribuente per difetto di motivazione dell'avviso di accertamento; secondo i Giudici di appello, infatti, l'Amministrazione finanziaria non aveva validamente assolto l'onere della prova e aveva fondato la propria pretesa impositiva sulla riproduzione del contenuto delle dichiarazioni rilasciate dagli amministratori delle società cedenti ritenute cartiere. Peraltro, le informazioni raccolte non erano state verbalizzate in un processo verbale di constatazione con la conseguenza dell'impossibilità di verificare se e quando le stesse fossero state assunte da un pubblico ufficiale e di conoscerne il loro contenuto originario.
L'Agenzia delle Entrate ricorreva per Cassazione.
La Suprema Corte ha accolto il ricorso, evidenziando come l'efficacia probatoria delle dichiarazioni rese dai terzi non può essere negata per il solo fatto che esse non siano state trascritte nel processo verbale, dotato di fede privilegiata. E, invero, dal momento che le dichiarazioni dei terzi rilevano come fonti di conoscenza, insieme agli altri elementi presuntivi che completano il quadro probatorio a sostegno della pretesa tributaria, queste devono essere valutate dal giudice di merito al fine di stabilire se l'Amministrazione finanziaria ha soddisfatto il suo onere probatorio con conseguente trasferimento al contribuente dell'onere della prova contraria.

## Imposte sui redditi

### Le Entrate forniscono chiarimenti sul conferimento d'azienda

**Agenzia delle Entrate, risposta a interpello 4 novembre 2022, n. 549**

L'Agenzia delle Entrate, nella risposta a interpello n. 549 del 4 novembre 2022, ha fornito chiarimenti in materia di conferimento di azienda nel caso di una istanza presentata dalla curatela fallimentare di una società conferente al fine di ottenere conferma circa l'esatta qualificazione, ai fini fiscali, dell'oggetto dell'operazione prospettata.
L'Agenzia delle Entrate ha preliminarmente rammentato che in numerose pronunce dell'Amministrazione finanziaria, che hanno ripreso anche gli indirizzi della giurisprudenza di legittimità, si è configurata l'azienda come un complesso di beni unitariamente considerato, dotato di una potenzialità produttiva, il tutto sempre in ossequio alla

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



norma civilistica (art. 2555 c.c.). In altri termini, i beni strumentali devono essere idonei, nel loro complesso e nella loro interdipendenza, ossia organizzazione, all'esercizio di una (attività d') impresa. Ne consegue che l'azienda, e al pari un suo ramo, può essere definita come un insieme di beni eterogenei, non necessariamente di proprietà dell'imprenditore, costituenti un complesso caratterizzato da un'"unità funzionale", determinata dal coordinamento realizzato dall'imprenditore tra i diversi elementi patrimoniali e dall'unitaria destinazione dei medesimi ad uno specifico fine produttivo.
L'Agenzia ha, quindi, sottolineato che quanto conferito deve essere di per sé un insieme organicamente finalizzato all'esercizio dell'attività di impresa, autonomamente idoneo a consentire l'inizio o la continuazione di quella determinata attività da parte del conferitario.
I fattori essenziali dell'azienda si possono, quindi, individuare nell'organizzazione nei beni e nel loro fine per l'esercizio dell'impresa. Alla luce di quanto rappresentato, nel caso in esame, la qualificazione della operazione prospettata - come cessione di azienda o di beni - implica la valutazione della sussistenza dei predetti elementi essenziali.
Nel caso di specie, in particolare, per effetto del conferimento saranno trasferiti i seguenti beni: un complesso immobiliare parzialmente ultimato, destinato a centro commerciale e composto da una pluralità di unità commerciali; le autorizzazioni e le licenze commerciali per lo svolgimento delle attività presso le unità che compongono il centro commerciale; altri beni e crediti; i contratti in corso di esecuzione riferibili al complesso immobiliare, quali in particolare un contratto di affitto d'azienda avente per oggetto una delle unità che compongono l'immobile; i contratti di assicurazione a copertura dei danni diretti e indiretti della responsabilità civile verso terzi; il contratto stipulato per l'amministrazione di condominio; il contratto relativo alla manutenzione generale delle aree e degli impianti; i contratti di fornitura di energia elettrica e gas naturale.
Secondo l'Agenzia delle Entrate, l'insieme di beni e contratti sopra descritto possiede quella caratteristica della "unità funzionale" che rende possibile il perseguimento, mediante esso, dell'originario oggetto dell'impresa consistente nella gestione degli immobili già realizzati, nonché nel completamento delle opere in corso per rendere operativo tutto il centro commerciale.
Conseguentemente, l'Agenzia ha concluso che il complesso conferito è qualificabile come azienda; trovano, quindi, applicazione, ai fini delle imposte dirette, l'art. 176 T.U.I.R. e, ai fini delle imposte indirette, le imposte di registro (art. 4, Tariffa Parte I, allegata al TUR), ipotecarie e catastali (art. 10, comma 2, ed art. 4 della tariffa allegata al D.Lgs. 31 ottobre 1990, n. 347) in misura fissa.

### Premi incentivanti sull'aumento dell'*equity value* e inerenza degli stessi all'attività di impresa

**Agenzia delle Entrate, risposta a interpello 31 ottobre 2022, n. 539**

L'Agenzia delle Entrate, nella risposta 31 ottobre 2022, n. 539 ha chiarito che sono ammessi in deduzione i costi sostenuti in dipendenza di piani di incentivazione parametrati all'aumento dell'*equity value*, non difettando l'inerenza degli stessi all'attività di impresa. Ai fini IRAP, i costi corrispondenti ai premi incentivanti assumano rilevanza nella determinazione del valore della produzione netta limitatamente alla quota parte di essi riferibile al costo del personale assunto con contratto di lavoro a tempo indeterminato.
Nel caso sottoposto all'Agenzia delle Entrate l'istante, una società che opera nel settore illuminotecnico, è stata coinvolta in un complesso piano di rafforzamento patrimoniale e finanziario, ad esito del quale è stato deliberato anche un piano di incentivazione spettante al nuovo amministratore delegato. Il piano prevede che, al momento del perfezionamento dell'operazione di vendita dell'intero capitale sociale della società istante, venga riconosciuto allo stesso amministratore un emolumento straordinario *una tantum*, costituito dalla somma di una componente fissa e di una componente variabile correlata alla crescita del valore della società istante. Come emerge dal verbale della riunione del Consiglio di Amministrazione dell'istante, si inserisce nell'ambito di un pacchetto retributivo che deve intendersi comprensivo della remunerazione di qualsivoglia attività svolta in relazione alla carica, nonché di ogni incarico e/o attività svolti in favore della Società, così come di ogni obbligazione assunta in relazione alla carica (*ivi* inclusi obblighi di non concorrenza e confidenzialità), con rinuncia a qualsivoglia ulteriore compenso. Al direttore finanziario è riconosciuto un emolumento *una tantum*, in considerazione dell'impegno dallo stesso profuso nella società sin dalla data di assunzione. L'istante intende conoscere se sia legittimata a portare in deduzione, *ex* artt. 83 e 109 T.U.I.R., il costo imputato nel conto economico 2022 relativo all'importo dei premi corrisposti in relazione agli impegni assunti nei confronti dell'amministratore delegato e del direttore finanziario, in esecuzione dei piani di incentivazione. Più precisamente, dato che il diritto alla percezione del bonus e (esclusivamente con riguardo a quanto previsto per l'amministratore) la sua quantificazione dipendono, rispettivamente, dalla cessione, diretta o indiretta, della società istante (in assenza della quale nessun premio è dovuto) e dal valore dell'azienda, l'istante chiede conferma relativamente al fatto che tali condizioni non pregiudichino la sussistenza del requisito dell'inerenza del costo dei *bonus* sopra indicati e conseguentemente la sua piena deducibilità al fine della determinazione del reddito imponibile Ires nonché anche per la determinazione del cuneo fiscale per il calcolo del valore della produzione Irap per la quota riferita al direttore finanziario.
L'Agenzia delle Entrate ha osservato che gli incentivi in questione, secondo quanto puntualmente rappresentato e documentato - rappresentano un costo sostenuto dalla società istante al fine di garantire all'amministratore delegato e al dirigente apicale una remunerazione integrativa per i servizi resi, con la conseguenza che l'onere trova causa direttamente nel rapporto di lavoro in essere con la società istante, cui i predetti soggetti sono legati in modo esclusivo.
Per quanto concerne, poi, l'inerenza dell'onere corrispondente ai premi riconosciuti in attuazione dei piani di incentivazione, l'Agenzia ha osservato che il principio di inerenza dei costi è legato all'attività esercitata dall'impresa, nel senso che si rendono deducibili i costi che si riferiscono ad attività e operazioni che concorrono a formare il reddito, compresi gli oneri sostenuti in proiezione futura, se connessi ad attività dalle quali possono derivare ricavi in tempi successivi (cfr. circ. min. n. 30/1983, ris. nn. 158/1998 e 196/2008).
Tanto rappresentato, l'Agenzia ha ritenuto che nel caso in esame, nonostante la circostanza che il diritto alla percezione degli incentivi dipenda dal perfezionamento dell'operazione di vendita da parte dei soci dell'intero pacchetto azionario della società istante, non possa negarsi la

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



correlazione tra il costo sostenuto dalla società istante e l'esercizio della sua attività. E, invero, i premi riconosciuti all'amministratore delegato e al dirigente apicale della società istante hanno lo scopo di accrescere l'impegno proferito dagli stessi soggetti nello svolgimento della propria attività lavorativa, con un effetto positivo sull'attività aziendale e quindi, in modo potenziale ed indiretto, sullo stesso valore dell'azienda (al quale peraltro risulta correlata la parte variabile dell'*exit bonus* spettante all'amministratore delegato). Non può negarsi - ha proseguito l'Agenzia - che la società istante abbia beneficiato dei servizi resi dai propri dipendenti in termini di miglioramento delle prospettive aziendali di crescita. L'Agenzia ha, quindi, concluso per il riconoscimento fiscale dei costi sostenuti in relazione agli accordi di incentivazione descritti, non difettando l'inerenza degli stessi all'attività di impresa.
Per ciò che riguarda gli aspetti IRAP, l'Agenzia ha evidenziato che è ammesso in deduzione il costo complessivo per il personale dipendente con contratto a tempo indeterminato.

## Imposte indirette

### Detrazione IVA per le *holding* dinamiche

**Agenzia delle Entrate, risposta a interpello 27 ottobre 2022, n. 529**

L'Agenzia delle Entrate, con la risposta a interpello 27 ottobre 2022, n. 529 ha riconosciuto il diritto alla detrazione dell'IVA assolta sui costi sostenuti da una *holding* "dinamica" in favore delle proprie società partecipate, sia nella fase antecedente l'inizio dell'attività di interferenza, sia a quella assolta sugli acquisti effettuati successivamente.
Il caso oggetto di interpello riguarda un complesso processo di acquisizione che ha determinato il trasferimento di partecipazioni tra due fondi di *private equity*. All'esito della operazione Alfa (l'istante) ha acquisito dal venditore Beta la proprietà della catena di controllo costituita da cinque società *holding* di diritto estero ed una *holding* di diritto italiano. L'acquisizione è stata finanziata in parte mediante mezzi propri forniti dal fondo e, in parte, ricorrendo all'indebitamento, nella specie un prestito obbligazionario emesso da Alfa, utilizzato anche per rifinanziare il preesistente indebitamento di Beta. Stante il proprio ruolo di società italiana al vertice della catena partecipativa acquisita, l'istante ha iniziato a svolgere un'attività di supporto alle società del nuovo gruppo, prestando svariati servizi. In particolare, l'istante evidenzia che, coerentemente con il suo oggetto sociale di *holding* "dinamica", ha prestato a favore delle società servizi relativi, tra gli altri, ad analisi e valutazione degli scenari di mercato, definizione dei piani industriali e dei *budget*, coordinamento e formazione del personale, attraverso le attività del proprio CEO, del CFO, del COO e del CHRO. Per i suddetti servizi la società ha percepito un corrispettivo pari all'importo dei costi di struttura incrementati di una certa percentuale (c.d. *cost plus*), imponibili ai fini IVA. L'istante chiede, quindi, conferma all'Agenzia delle Entrate se possa qualificarsi come *holding* dinamica del gruppo in considerazione delle attività esercitate e della interferenza, diretta e indiretta, nella gestione delle società del gruppo.
Inoltre, l'istante rappresenta di avere sostenuto anche dei "*transaction cost*" relativi sia alle attività di consulenza professionale necessarie per perfezionare l'acquisizione, sia alla emissione del prestito obbligazionario. L'istante chiede conferma di poter detrarre l'IVA assolta sui *transaction cost*, sebbene sostenuti prima di svolgere la predetta attività di interferenza come *holding* dinamica. L'istante chiede, infine, se la componente dei *transaction cost* relativa al prestito obbligazionario possa considerarsi indetraibile in via specifica, senza che il finanziamento *Intercompany* possa incidere sul pro rata di detraibilità IVA (ritenendo l'attività di finanziamento alle partecipate non rientrante nella attività propria dell'istante).
Al fine di fornire la sua risposta, in relazione al primo quesito formulato, l'Agenzia ha richiamato i chiarimenti offerti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e dai giudici nazionali, nel quadro della prassi amministrativa di riferimento. In particolare, la Corte di Giustizia ha chiarito che la condizione che consente di acquisire lo status di soggetto passivo ai fini IVA è rappresentata dalla interferenza nella gestione della società partecipate e che l'interferenza di una società *holding* nelle gestione delle società controllate configura un'attività economica laddove essa implichi il compimento di operazioni soggette ad IVA, quali "la prestazione di servizi amministrativi, finanziari, commerciali e tecnici" nei confronti delle partecipate (Corte di Giustizia UE, cause riunite C-108/14 e C-109/14). L'Agenzia ha quindi evidenziato che solo dallo svolgimento dell'attività di gestione attiva delle partecipate deriva, per le *holding*, il diritto alla detraibilità dell'IVA sugli acquisti destinati alla attività economica svolta in qualità di soggetto passivo. A tal riguardo, la Corte di Giustizia ha più volte riconosciuto il diritto di detrarre l'IVA alle *holding* che, all'attività di acquisto e di gestione delle partecipazioni, accompagnano un'attività di interferenza diretta o indiretta nella gestione delle società a cui fanno riferimento le partecipazioni.
L'Agenzia ha quindi confermato che, in base al richiamato orientamento unionale, una *holding* che ha natura dinamica, e non statica, ha diritto a detrarre l'Iva sugli acquisti, come confermato anche dalla circ. 6/E/16 sulle operazioni di acquisizione con indebitamento. Ciò posto, l'Agenzia ha riconosciuto che, dall'analisi delle attività svolte, risulta l'esercizio di una attività di interferenza a favore delle società del gruppo. Pertanto, va riconosciuto il diritto alla detrazione dell'IVA assolta sui *transaction cost* e sugli altri costi inerenti all'attività di interferenza esercitata.
Quanto al chiarimento circa l'indetraibilità della componente dei *transaction cost* relativa al prestito obbligazionario, l'Agenzia ha osservato che la regola del pro rata di detraibilità d cui agli artt. 19, comma 5 e 19-*bis*, del Decreto IVA consente di escludere dal pro rata le operazioni esenti quando non formano oggetto dell'attività propria del soggetto passivo o siano accessorie alle operazioni imponibili, considerando indetraibile l'IVA afferente i relativi acquisti. In materia di detrazione dell'imposta, la Corte di Giustizia UE ha avuto modo di precisare che la concessione di finanziamenti può considerarsi una operazione di carattere "marginale", non partecipante al calcolo del *pro rata*, nella misura in cui la stessa implichi un uso estremamente limitato di beni e servizi per i quali l'IVA è dovuta.
Con riferimento al caso in esame, l'Agenzia ha osservato che, in linea con i chiarimenti della prassi (cfr. circ. 25/E/79 e ris. 305/E/08), l'attività di finanziamento non appare una attività occasionale o accessoria ma parte dell'attività propria della *holding* dinamica così da incidere nel calcolo del pro rata.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



## L'utilizzo del *plafond* di esportatore abituale nelle operazioni triangolari intracomunitarie

**Agenzia delle Entrate, risposta a interpello 31 ottobre 2022, n. 540**

L'Agenzia delle Entrate, nella risposta a interpello 31 ottobre 2022, n. 540 ha fornito chiarimenti in tema di utilizzo del *plafond* di esportatore abituale maturato nell'ambito di operazioni triangolari intracomunitarie, chiarendo che il promotore della triangolazione comunitaria non può utilizzare liberamente il *plafond* IVA maturato nell'ambito della predetta operazione.
Il caso oggetto di interpello concerne una società, con sede a Singapore e identificata ai fini IVA in Italia tramite un rappresentante fiscale, che acquista le materie prime da fornitori stabiliti e/o registrati in altri Stati membri dell'UE e le cede a una sua consociata stabilita in Lussemburgo e identificata in altri Paesi UE, fra i quali, Germania, Belgio e Italia. Le predette materie prime sono oggetto di un unico trasporto, in quanto sono inviate dai fornitori della predetta società direttamente alla sua consociata. Nell'ambito di queste operazioni triangolari intracomunitarie, la società effettua con la propria partita IVA italiana sia acquisti intracomunitari da fornitori UE senza l'assolvimento dell'IVA ai sensi dell'art. 40 comma 2 del DL 331/93 che cessioni intracomunitarie non imponibili IVA *ex* art. 41, comma 1, D.L. n. 331/1993 nei confronti della partita IVA tedesca della sua consociata. Nell'istanza di interpello è stata chiesta conferma circa la sussistenza delle condizioni necessarie per acquisire lo *status* di esportatore abituale ai fini IVA al fine di effettuare acquisti locali, senza pagamento di imposta, e nei limiti del *plafond* maturato con la descritta operazione triangolare comunitaria.
L'Agenzia delle Entrate ha confermato che i soggetti esteri identificati ai fini IVA in Italia possono effettuare acquisti senza il pagamento dell'IVA, nei limiti del *plafond* maturato nell'anno precedente o nei dodici mesi precedenti (cfr. tra le altre, risposte a interpello nn. 148/2021 e 260/2021). Tra le operazioni che concorrono a formare il *plafond* degli esportatori abituali rientrano anche: (i) le cessioni triangolari all'esportazione (art. 8, comma 1, lett. a, d.P.R. n. 633/1972); (ii) le triangolari nazionali (art. 58, comma 1, D.L. n. 331/1993), nell'ambito delle quali un operatore italiano cede beni a un altro soggetto nazionale, con consegna a un operatore comunitario; (iii) le cessioni intracomunitarie non imponibili (art. 41, D.L. n. 331/1993), comprese le triangolari comunitarie in cui intervengono tre operatori stabiliti in diversi Stati membri.
Inoltre, l'Agenzia ha precisato che ai sensi dell'art. 8, comma 2, d.P.R. n. 633/1972 i cessionari e i commissionari che partecipano a un'operazione triangolare (di esportazione o intracomunitaria) possono avvalersi del *plafond* di cui dispongono integralmente, per gli acquisti di beni che siano esportati nello stato originario nei sei mesi successivi alla loro consegna (*plafond* ad utilizzo vincolato), e nei limiti della differenza tra il *plafond* complessivo di cui dispongono e l'ammontare delle cessioni dei beni effettuate nei loro confronti nello stesso anno in regime di non imponibilità IVA, per gli acquisti di altri beni o di servizi (*plafond* a utilizzo libero).
Con particolare riferimento alle operazioni triangolari in ambito comunitario, poi, è stato precisato che i soggetti passivi che si trovano nella situazione di disporre di un *plafond* vincolato sono quelli che intervengono in qualità di primo cessionario/secondo cedente (c.d. promotore) nell'ambito, fra l'altro, di una cessione intracomunitaria in triangolazione *ex* artt. 40, comma 2 e 41, D.L. n. 331/1993, in cui il soggetto nazionale acquista beni in altro Stato membro e li fa trasportare direttamente dal primo cedente nello Stato membro del proprio cessionario Ue, designato quale debitore di imposta (cfr. circ. Agenzia delle Dogane n. 8/2003).
Alla luce di quanto rappresentato, l'Agenzia delle Entrate ha escluso che nel caso in esame la società possa utilizzare in maniera incondizionata il *plafond* maturato nelle operazioni triangolari intracomunitarie ove opera come soggetto promotore.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



# Osservatorio europeo

**a cura di Marco Stillo**

## Libertà di stabilimento

SUL TRASFERIMENTO DELLA SEDE STATUTARIA DI UNA SOCIETÀ IN UNO STATO MEMBRO DIVERSO DA QUELLO IN CUI LA SOCIETÀ È STATA COSTITUITA

**Corte di Giustizia UE 10 novembre 2022, causa C-414/21, *VP Capital NV contro Belgische Staat***

In data 10 novembre 2022, la Corte di Giustizia dell'Unione europea si è pronunciata nella causa C-414/21, *VP Capital NV contro Belgische Staat*, sull'interpretazione verte sull'interpretazione dell'art. 49 TFUE (Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea). Tale domanda era stata presentata nell'ambito di una controversia tra la *VP Capital NV* (di seguito: la "VP") e l'amministrazione tributaria del Belgio relativamente al trattamento fiscale di operazioni corrispondenti al recupero, da parte di tale società, di riduzioni di valore registrate prima del trasferimento della sua sede statutaria dal Lussemburgo in Belgio. Dopo aver registrato riduzioni di valore relative a diverse partecipazioni detenute in altre società, la VP le aveva dedotte dai suoi risultati fiscali in Lussemburgo, ciò che si era tradotto in un aumento delle sue perdite riportabili. Di conseguenza, la VP non era stata in grado di utilizzare tali perdite riportabili in Lussemburgo. Successivamente, nel maggio 2009 la VP aveva trasferito la sua sede statutaria dal Lussemburgo in Belgio, divenendo una società di diritto belga. In seguito a tale trasferimento, la VP aveva recuperato una parte delle riduzioni di valore che aveva registrato quando la sua sede statutaria si trovava ancora in Lussemburgo, avvalendosi del regime belga di esenzione per i recuperi di riduzioni di valore da azioni o quote di società previsto dal regio decreto di esecuzione del codice delle imposte sui redditi 1992 (di seguito: l'"AR/CIR 92") (1). In caso di trasferimento in Belgio della sede sociale, dello stabilimento principale o della sede della direzione o amministrazione di una società estera, per quanto riguarda gli elementi collegati agli stabilimenti esteri o gli elementi situati all'estero di cui detta società dispone, tuttavia, le plusvalenze e le minusvalenze corrispondenti a tali attivi che sono state realizzate successivamente a tale trasferimento sono determinate sulla base del loro valore contabile al momento di quest'ultimo, mentre quelle espresse ma non realizzate (c.d. "plusvalenze latenti") sono esenti a condizione che esse siano registrate su un conto separato del passivo. Dal momento che il recupero di riduzioni di valore registrate dalla VP successivamente al trasferimento della sua sede statutaria in Belgio non era stato iscritto su un conto separato del passivo, pertanto, l'amministrazione tributaria del Belgio aveva ritenuto che esso fosse imponibile. Di conseguenza, la VP si era rivolta allo *Hof von Cassatie* (Corte di cassazione belga; di seguito: il "giudice del rinvio") che, alla luce della necessità di interpretare la normativa europea rilevante in materia, aveva deciso di sospendere il procedimento e di chiedere alla Corte di Giustizia se l'art. 49 (2) TFUE osti ad una normativa tributaria nazionale in forza della quale gli incrementi di valore di azioni o quote di società registrati da una società in uno Stato membro, successivamente al trasferimento della sua sede statutaria in quest'ultimo, sono trattati come plusvalenze latenti, senza tener conto se dette azioni o dette quote abbiano dato luogo alla registrazione di riduzioni di valore da parte di tale società in un momento in cui essa aveva la residenza fiscale in un altro Stato membro. Nel rispondere, la Corte ha preliminarmente ricordato che una società costituita secondo il diritto di uno Stato membro, che trasferisce la propria sede statutaria in un altro Stato membro, può fondarsi sull'art. 49 TFUE per contestare le conseguenze fiscali di tale trasferimento nello Stato membro ospitante (3). L'art. 49 TFUE, tuttavia, non garantisce che un tale trasferimento sia neutro in termini di imposizione fiscale potendo, al contrario, essere più o meno favorevole o sfavorevole da un punto di vista fiscale. Nel caso concreto, l'AR/CIR 92 istituisce, a svantaggio delle società

(1) L'art. 74 dell'AR/CIR 92 dispone: "... Per la determinazione del risultato imponibile ai fini dell'imposta sulle società, il risultato del periodo d'imposta, dal quale sono escluse le riduzioni di valore, gli accantonamenti o le plusvalenze esenti ai sensi degli articoli 48, 190, 191 e da 194 a 194 quater del [CIR 92], è ripartito, secondo la sua destinazione, in:
1° riserve;
2° spese non ammesse;
3° dividendi.
Ai fini dell'applicazione del primo comma, si intende:
1° per 'riserve', il risultato riservato, diminuito:
(...)
- delle plusvalenze da azioni o quote esenti ai sensi degli articoli 192 e 521 del [CIR 92], nonché dei recuperi di riduzioni di valore da azioni o quote effettuate durante il periodo d'imposta, precedentemente assoggettate ad imposizione ai sensi dell'articolo 198, 7°, del [CIR 92] come spese non ammesse, nella misura in cui tali riduzioni di valore non siano più giustificate alla fine di tale periodo d'imposta...".

(2) L'art. 49 TFUE dispone: "... Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro.
La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali...".

(3) CGUE 27 febbraio 2020, causa C-405/18, *AURES Holding*, punti 26-28.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



costituite ai sensi della normativa di uno Stato membro e che esercitano la propria libertà di stabilimento, una differenza di trattamento idonea a dissuaderle dal trasferire la loro sede statutaria in un altro Stato membro al fine di esercitarvi la loro attività economica. Una tale differenza di trattamento può essere ammessa solo se riguarda situazioni che non sono oggettivamente comparabili o se è giustificata da un motivo imperativo di interesse generale e proporzionato a quest'ultimo (4), con la comparabilità di una situazione transfrontaliera con una situazione interna che deve essere esaminata tenendo conto dell'obiettivo perseguito dalle disposizioni nazionali in discussione (5). A tale proposito, secondo la Corte non si trovano, in linea di principio, in una situazione comparabile una società che ha registrato riduzioni di valore da azioni o quote di società in uno Stato membro e una società che ha trasferito la sua sede statutaria in tale Stato dopo aver registrato siffatte riduzioni di valore in un altro Stato membro. Una società che opera un tale trasferimento, infatti, rientra successivamente nella competenza fiscale di due Stati membri, ossia, da un lato, quello di origine, per il periodo durante il quale le riduzioni di valore sono state registrate, e dall'altro, quello ospitante, per il periodo nel corso del quale gli incrementi di valore corrispondenti al recupero di dette riduzioni di valore sono registrati Di conseguenza, in assenza di competenza fiscale dello Stato membro ospitante per il periodo in cui sono state registrate riduzioni di valore da azioni o quote di società, una società che ha trasferito la propria sede statutaria in tale Stato e che vi registra in seguito incrementi di valore da tali azioni o tali quote di società non si trova in una situazione comparabile con quella di una società che già rientrava nella competenza fiscale del suddetto Stato per il periodo durante il quale sono state registrate tali riduzioni di valore. Del pari, la situazione di una società che ha trasferito la propria sede statutaria in uno Stato membro prima di procedere al recupero di riduzioni di valore registrate prima di tale trasferimento non è comparabile neanche con quella di una società *holding* stabilita in tale Stato che si trova in una situazione fiscale di perdita, con quella di una società che ha registrato riduzioni di valore nel summenzionato Stato membro mentre era soggetta all'imposta sulle persone giuridiche, o con quella di una società dello stesso Stato membro che ha chiuso una stabile organizzazione situata in un altro Stato membro, in cui sono state registrate riduzioni di valore. Alla luce di quanto visto finora, la Corte ha pertanto statuito che:

"L'articolo 49 TFUE non osta ad una normativa tributaria nazionale in forza della quale gli incrementi di valore da azioni o quote di società registrati da una società in uno Stato membro, dopo il trasferimento della sua sede statutaria in quest'ultimo, sono trattati come plusvalenze espresse ma non realizzate, senza tener conto se tali azioni o tali quote abbiano dato luogo alla registrazione di riduzioni di valore da parte della società di cui trattasi in un momento in cui essa aveva la residenza fiscale in un altro Stato membro".

## Fiscalità

### Sull'attribuzione a titolo gratuito di buoni acquisto al personale dell'impresa del soggetto passivo nell'ambito di un programma di riconoscimento di meriti e di premiazione

**Corte di Giustizia UE 17 novembre 2022, causa C-607/20, *GE Aircraft Engine Services Ltd contro The Commissioners for His Majesty's Revenue and Customs***

In data 17 novembre 2022, la Corte di Giustizia dell'Unione europea si è pronunciata nella causa C-607/20, *GE Aircraft Engine Services Ltd contro The Commissioners for His Majesty's Revenue and Customs*, sull'interpretazione dell'art. 26, par. 1, lett. b), Dir. 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto (di seguito: la "Direttiva IVA") (6). Tale domanda era stata presentata nell'ambito di una controversia tra la *GE Aircraft Engine Services Ltd* (di seguito: la "GEAES"), una società di diritto britannico appartenente al gruppo internazionale *General Electric* (di seuito: il "gruppo GE"), e i *Commissioners for His Majesty's Revenue and Customs* (amministrazione tributaria e doganale del Regno Unito) relativamente ad un accertamento fiscale, per il periodo compreso tra il dicembre 2013 e l'ottobre 2017, ai fini dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) a valle non dichiarata sul valore di buoni acquisto offerti dalla GEAES ai suoi dipendenti, nell'ambito di un programma di riconoscimento dei meriti e di premiazione istituito dalla medesima. Il gruppo GE aveva istituito un programma denominato "*Above & Beyond*", la cui finalità era quella di gratificare e premiare i dipendenti più meritevoli ed efficienti, nell'ambito del quale ogni dipendente poteva designare un collega per atti che riteneva meritevoli di premio, conformemente alle condizioni di ammissibilità e secondo il sistema di graduazione dei premi previsto dal programma stesso. Più particolarmente, mentre un dipendente designato per un premio classificato al livello più elevato poteva beneficiare, a determinate condizioni, di un pagamento in contanti, un dipendente nominato per un premio classificato a un livello intermedio otteneva buoni acquisto, e un dipendente designato per un premio classificato al livello più basso riceveva un premio sotto forma di certificato di riconoscimento dei meriti. Nel caso di un premio consistente in buoni acquisto, inoltre, il dipendente doveva recarsi su un sito *internet* contenente un elenco di rivenditori al dettaglio debitamente menzionati, per sceglierne uno presso il quale egli avrebbe potuto utilizzare il suo buono acquisto (7). In merito all'operazione consistente nell'offrire i buoni acquisto in questione ai dipendenti designati nell'ambito del programma "*Above &*

(4) *Ibidem*, punto 36.
(5) *Ibidem*, punto 37.
(6) *GUUE*, L 347 dell'11 dicembre 2006.
(7) Il sito *internet* era gestito da una società incaricata di acquistare i buoni acquisto in questione direttamente dai suddetti rivenditori al dettaglio per poi venderli alla General Electric Stati Uniti, che li cedeva, successivamente, ad un altro soggetto del gruppo GE, anch'esso stabilito negli Stati Uniti, ossia la GE HQ, che a sua volta li rivendeva ai diversi soggetti del gruppo GE, tra cui la GEAES.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



*Beyond*", la GEAES e altri diciannove membri del gruppo GE avevano ricevuto un avviso di accertamento IVA da parte dell'amministrazione tributaria, secondo cui gli stessi avrebbero dovuto dichiarare l'imposta a valle sul valore di detti buoni. Di conseguenza, la GEAES e gli altri diciannove membri del gruppo GE interessati avevano adito *il First-tier Tribunal (Tax Chamber)* [Tribunale di primo grado (sezione tributaria) del Regno Unito; di seguito: il "giudice del rinvio"] che, alla luce della necessità di interpretare la normativa europea rilevante in materia, aveva deciso di sospendere il procedimento e di chiedere alla Corte di giustizia se l'art. 26, par. 1, lett. b) (8), Dir. IVA debba essere interpretato nel senso che rientra nel suo ambito di applicazione una prestazione di servizi consistente, per un'impresa, nell'offrire buoni acquisto ai suoi dipendenti, nell'ambito di un programma da essa istituito, volto a gratificare e a premiare i dipendenti più meritevoli ed efficienti. Nel rispondere, la Corta ha preliminarmente rilevato che il programma "*Above & Beyond*" e, in particolare, i premi classificati a un livello intermedio, erano stati concepiti dalla GEAES allo scopo di incrementare il rendimento dei suoi dipendenti e, pertanto, di contribuire a una migliore redditività dell'impresa. I buoni acquisto in questione, inoltre, concretizzano il diritto dei dipendenti che ne beneficiano di ottenere beni o servizi da uno dei rivenditori al dettaglio menzionati (9), di talché il loro ottenimento, da parte di un dipendente designato nell'ambito del programma "*Above & Beyond*", non costituisce altro che un documento nel quale è incorporato l'obbligo assunto dai rivenditori al dettaglio menzionati di accettarli, in luogo del denaro, al loro valore nominale (10). Di conseguenza, nel caso in cui si dovesse prendere in considerazione unicamente l'utilizzo che ne viene fatto, i buoni acquisto in questione risponderebbero all'uso privato dei dipendenti. L'attribuzione dei buoni acquisto, tuttavia, non avviene in funzione di tale uso, dato che i dipendenti non dispongono di mezzi per assicurarsi, con certezza, della possibilità di beneficiarne. L'iniziativa della loro attribuzione spetta infatti ad altri dipendenti dell'impresa, e avviene sul fondamento di criteri strettamente professionali e unicamente quando i dipendenti designati sono considerati meritevoli di un premio classificato al livello intermedio. L'attribuzione, da parte della GEAES, dei buoni acquisto in questione, inoltre, è effettuata senza una qualsivoglia remunerazione o corrispettivo da parte dei dipendenti beneficiari, e il loro costo è sostenuto dalla stessa GEAES. Tale prestazione di servizi, tuttavia, procura a quest'ultima un vantaggio sotto forma di prospettiva di incrementare il suo fatturato, grazie alla maggiore motivazione dei suoi dipendenti e, di conseguenza, a un aumento del loro rendimento (11). Di conseguenza, l'attribuzione a titolo gratuito, da parte della GEAES, dei buoni acquisto ai dipendenti designati nell'ambito del programma "*Above & Beyond*" è volta ad incrementare il rendimento dei suoi dipendenti e, quindi, al buon funzionamento e alla redditività dell'impresa, di talché tale prestazione di servizi non viene effettuata per fini estranei all'impresa, non rientrando quindi nell'ambito di applicazione dell'art. 26, par. 1, lett. b), Dir. IVA. Alla luce di quanto visto finora, la Corte ha pertanto statuito che:

"L'articolo 26, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, deve essere interpretato nel senso che non rientra nel suo ambito di applicazione una prestazione di servizi consistente, per un'impresa, nell'offrire buoni acquisto ai suoi dipendenti, nell'ambito di un programma da essa istituito, volto a gratificare e a premiare i dipendenti più meritevoli ed efficienti".

(8) L'art. 26, Dir. IVA al par. 1, lett. b) dispone: "... Sono assimilate a prestazioni di servizi a titolo oneroso le operazioni seguenti:
(...)
b) la prestazione di servizi a titolo gratuito effettuata dal soggetto passivo per il proprio uso privato o per l'uso del suo personale o, più generalmente, per fini estranei alla sua impresa...".

(9) CGUE 27 marzo 1990, causa C-126/88, *Boots Company*, punto 12.

(10) CGUE 24 ottobre 1996, causa C-288/94, *Argos Distributors*, punto 19.

(11) CGUE 27 marzo 1990, causa C-126/88, *Boots Company*, punto 13.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



# INDICE ALFABETICO DEGLI AUTORI

**Andreoni Martino**
*Avvocato in Milano*
Osservatorio di giurisprudenza di merito ..... **113**

**Bertani Davide**
*Avvocato in Reggio Emilia*
Il recesso convenzionale *ad nutum* nelle S.n.c.: efficacia, pubblicità e rapporti con l'exit controllato ... **53**

**Bonfante Guido**
*Professore emerito di Diritto commerciale presso l'Università degli Studi di Torino*
La società cooperativa ..... **102**

**Busani Angelo**
*Notaio in Milano*
Divieti e limitazioni per le operazioni societarie derivanti dalla normativa "golden powers" ..... **5**
Osservatorio Consob ..... **117**

**Codazzi Elisabetta**
*Professore Associato di Diritto commerciale presso l'Università degli Studi dell'Insubria*
Sull'esercizio del controllo individuale del socio di S.r.l. *ex* art. 2476, comma 2, c.c., in una prospettiva di gruppo ..... **24**

**Cusa Emanuele**
*Professore associato di Diritto commerciale nell'Università di Milano-Bicocca e Avvocato in Milano*
La nozione unionale di organizzazione non lucrativa tra contratti pubblici, Terzo settore e trasporti sanitari di urgenza ..... **26**

**de Luca Nicola**
*Professore associato di Diritto commerciale presso la Luiss Guido Carli e presso la seconda Università degli Studi di Napoli*
La tutela dell'azionista da rapporti di cambio incongrui. Un'analisi comparatistica sull'effettività dei rimedi ..... **93**

**Gabelli Massimo**
*Dottore commercialista in Milano*
Osservatorio fiscale ..... **120**

**Giuffrè Romilda**
*Avvocato in Napoli*
Osservatorio di giurisprudenza di legittimità ..... **111**

**Grasso Giampaolo**
*Avvocato in Milano*
Osservatorio Consob ..... **117**

**Maffeis Daniele**
*Professore straordinario di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Brescia*
Valore residuo degli strumenti finanziari e liquidazione del danno all'investitore ..... **77**

**Percoco Giuseppe**
*Ricercatore di Diritto commerciale presso l'Università della Calabria*
L'iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese quale presupposto necessario ma non sufficiente per esonerare le Start-up innovative dal fallimento ..... **41**

**Stabilini Alessandra**
*Avvocato in Milano e Ricercatore di Diritto commerciale presso l'Università degli Studi di Milano*
Osservatorio di giurisprudenza di merito ..... **113**

**Stillo Marco**
*Avvocato in Milano e Bruxelles*
Osservatorio europeo ..... **124**

**Troisi Luca**
*Dottore in giurisprudenza*
La tutela dell'azionista da rapporti di cambio incongrui. Un'analisi comparatistica sull'effettività dei rimedi ..... **93**

**Vitarelli Francesca**
*Dottoranda di Ricerca in Diritto penale presso il Dipartimento "Cesare Beccaria" - Università degli Studi di Milano Statale*
Lo sfruttamento del lavoro dei "riders" tra prevenzione e repressione ..... **83**

# INDICE CRONOLOGICO DELLA GIURISPRUDENZA

**Corte di Giustizia Ue**
17 novembre 2022, causa C-607/20 ..... **125**
10 novembre 2022, causa C-414/21 ..... **124**
7 luglio 2022, cause riunite C-213/21 e C-214/21 . **21**

**Cassazione Civile**
22 novembre 2022, n. 34336 ..... **112**
17 novembre 2022, n. 33957 ..... **111**
17 novembre 2022, n. 33873 ..... **112**
4 novembre 2022, n. 32631 ..... **111**
28 ottobre 2022, n. 12046 ..... **117**
7 luglio 2022, n. 32491 ..... **37**
5 maggio 2022, n. 14178 ..... **73**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



**Cassazione Penale**
11 novembre 2022, n. 42624 ..... **120**

**Tribunale**
Catanzaro 1° agosto 2022 ..... **115**
Milano 14 luglio 2022 ..... **113**
Bologna 30 giugno 2022 ..... **50**
Siracusa 26 maggio 2022 ..... **114**
Milano 29 aprile 2022 ..... **21**

## INDICE CRONOLOGICO DELLA PRASSI

**Agenzia delle Entrate**
Risposta a interpello 4 novembre 2022, n. 549 ... **120**
Risposta a interpello 31 ottobre 2022, n. 540 ..... **123**
Risposta a interpello 31 ottobre 2022, n. 539 ..... **121**
Risposta a interpello 27 ottobre 2022, n. 529 ..... **122**

**Consob**
Delibera 9 giugno 2022, n. 22353 ..... **119**
Delibera 9 giugno 2022, n. 22349 ..... **118**
Delibera 9 giugno 2022, n. 22348 ..... **117**
Delibera 11 novembre 2021, n. 22083 ..... **117**

## INDICE ANALITICO

### Mercati finanziari

**Consob**

***Poteri***

Obblighi di trasparenza in materia di governo societario (Delibera 9 giugno 2022, n. 22349 - *Osservatorio Consob*) ..... **118**

Ordine di porre termine all'offerta abusiva (Delibera 9 giugno 2022, n. 22353 - *Osservatorio Consob*) . **119**

Regole di governo societario e poteri di vigilanza (Delibera 9 giugno 2022, n. 22348 - *Osservatorio Consob*) ..... **117**

**Intermediazione finanziaria**

***Contratti***

L'obbligo di richiesta delle informazioni deve essere adempiuto al momento della conclusione del contratto (Cass. 4 novembre 2022, n. 32631 - *Osservatorio di giurisprudenza di legittimità*) ..... **111**

***Risarcimento del danno***

Valore residuo degli strumenti finanziari e liquidazione del danno all'investitore (Cass. 5 maggio 2022, n. 14178), commento di *D. Maffeis* ..... **73**

**Offerta al pubblico di prodotti finanziari**

***Prospetto di offerta***

Offerta al pubblico abusiva (Delibera 11 novembre 2021, n. 22083 - *Osservatorio Consob*) ..... **117**

### Regime fiscale

**Accertamento**

***Disciplina***

Ammesse le dichiarazioni dei terzi anche se non contenute in un pvc (Cass. Civ., Sez. trib., 28 ottobre 2022, n. 12046 - *Osservatorio fiscale*) ..... **117**

Reato di omessa dichiarazione: l'esistenza di costi rilevanti per la determinazione dell'imposta evasa può essere provata ai fini penali anche attraverso la testimonianza (Cass. Pen. 10 novembre 2022, n. 42624 - *Osservatorio fiscale*) ..... **120**

**Imposte indirette**

***Iva***

Detrazione Iva per le holding dinamiche (Agenzia delle Entrate, risposta a interpello 27 ottobre 2022, n. 529 - *Osservatorio fiscale*) ..... **122**

L'utilizzo del plafond di esportatore abituale nelle operazioni triangolari intracomunitarie (Agenzia delle Entrate, risposta a interpello 31 ottobre 2022, n. 540 - *Osservatorio fiscale*) ..... **123**

**Imposte sui redditi**

***Disciplina***

Le Entrate forniscono chiarimenti sul conferimento d'azienda (Agenzia delle Entrate, risposta a interpello 4 novembre 2022, n. 549 - *Osservatorio fiscale*) .. **120**

Premi incentivanti sull'aumento dell'*equity value* e inerenza degli stessi all'attività di impresa (Agenzia delle Entrate, risposta a interpello 31 ottobre 2022, n. 539 - *Osservatorio fiscale*) ..... **121**

### Registro delle imprese

***Start up* innovative**

***Fallimento***

L'iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese quale presupposto necessario ma non sufficiente per esonerare le *Start-up* innovative dal fallimento (Cass. 7 luglio 2022, n. 32491), commento di *G. Percoco* ..... **37**

### Società a responsabilità limitata

**Quote**

***Sequestro***

Sequestro giudiziario di quote di s.r.l. e natura simulata del contratto di cessione quote (Trib. Catanzaro 1° agosto 2022 - *Osservatorio di giurisprudenza di merito*) **115**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



***Trasferimento***

Art. 2471 c.c. e vincoli al trasferimento delle quote di s.r.l.: le clausole di prelazione e di gradimento (Trib. Siracusa 26 maggio 2022 - *Osservatorio di giurisprudenza di merito*) ..... **114**

**Sindaci**

***Ineleggibilità***

Art. 2399 c.c. e cause di ineleggibilità del sindaco (Trib. Milano 14 luglio 2022- *Osservatorio di giurisprudenza di merito*) ..... **113**

**Socio**

***Diritto di controllo***

Sull'esercizio del controllo individuale del socio di S.r.l. *ex* art. 2476, comma 2, c.c., in una prospettiva di gruppo (Trib. Milano 29 aprile 2022), commento di *E. Codazzi* ..... **61**

## Società cooperative

**Disciplina**

***Novità legislative***

La società cooperativa a cura di *G. Bonfante* ..... **102**

**Ristorni**

***Contratti pubblici***

La nozione unionale di organizzazione non lucrativa tra contratti pubblici, Terzo settore e trasporti sanitari di urgenza (Giustizia UE, Sez. VIII, 7 luglio 2022, cause riunite C-213/21 e C-214/21), commento di *E. Cusa* **21**

## Società di capitali

**Comunione**

***Differenze***

Società vs comunione (Cass. Civ. 17 novembre 2022, n. 33873 - *Osservatorio di giurisprudenza di legittimità*) ..... **112**

**Fusione**

***Rapporto di cambio***

La tutela dell'azionista da rapporti di cambio incongrui. Un'analisi comparatistica sull'effettività dei rimedi, di *N. de Luca e L. Troisi* ..... **93**

**Normativa *golden powers***

***Legislazione***

Divieti e limitazioni per le operazioni societarie derivanti dalla normativa "golden powers", di *A. Busani* ..... **5**

**Versamenti**

***Qualificazione***

Qualificazione dei versamenti in denaro eseguiti a favore della società e diritto alla restituzione (Cass. Civ. 17 novembre 2022, n. 33957 - *Osservatorio di giurisprudenza di legittimità*) ..... **111**

## Società di persone

**Amministratori**

***Disciplina***

Amministratore *in prorogatio imperii* (Cass. Civ. 22 novembre 2022, n. 34336 - *Osservatorio di giurisprudenza di legittimità*) ..... **112**

**Recesso**

***Disciplina***

Il recesso convenzionale *ad nutum* nelle S.n.c.: efficacia, pubblicità e rapporti con l'exit controllato (Trib. Bologna 30 giugno 2022), commento di *D. Bertani* ..... **50**

## Unione europea

**Fiscalità**

***Disciplina***

Sull'attribuzione a titolo gratuito di buoni acquisto al personale dell'impresa del soggetto passivo nell'ambito di un programma di riconoscimento di meriti e di premiazione (Corte di Giustizia Ue 17 novembre 2022, causa C-607/20 - *Osservatorio europeo*) .... **125**

**Libertà di stabilimento**

***Disciplina***

Sul trasferimento della sede statutaria di una società in uno stato membro diverso da quello in cui la società è stata costituita (Corte di Giustizia Ue 10 novembre 2022, causa C-414/21- *Osservatorio europeo*) ..... **124**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Le Società

Mensile di diritto e pratica commerciale societaria e fiscale

**EDITRICE**
Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3
20142 Milano

**INDIRIZZO INTERNET**
www.edicolaprofessionale.com/lesocieta

**DIRETTORE RESPONSABILE**
Giulietta Lemmi

**REDAZIONE**
Francesco Cantisani, Ines Attorresi, Tania Falcone

**REALIZZAZIONE GRAFICA**
Wolters Kluwer Italia S.r.l.

**FOTOCOMPOSIZIONE**
Integra Software Services Pvt. Ltd.

**STAMPA**
L.E.G.O. S.p.A.
Viale dell'Industria, 2 – 36100 Vicenza

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze

**PUBBLICITÀ:**

Wolters Kluwer

E-mail: advertising-it@wolterskluwer.com
www.wolterskluwer.it

Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3
20142 Milano

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 452 del 28 novembre 1981

Per informazioni in merito a contributi, articoli ed argomenti trattati, scrivere o telefonare a:

**Casella Postale 12055 - 20120 Milano**
**telefono (02) 82476.570**
**e-mail: redazione.lesocieta.ipsoa@wolterskluwer.com**

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc., scrivere o telefonare a:

**WOLTERS KLUWER ITALIA Servizio Clienti**
**telefono 02824761**
**e-mail: servizio.clienti@wolterskluwer.com**

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27 febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa con il n. 3353 vol. 34 foglio 417 in data 31 luglio 1991
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

**ABBONAMENTI**
Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi entro 90 gg. prima della data di scadenza, a mezzo raccomandata A.R. da inviare a
Wolters Kluwer Italia S.r.l. Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 20142 Milano.
Servizio Clienti: tel. 02 824761
e-mail: servizioclienti.ipsoa@wolterskluwer.com
L'abbonamento cartaceo comprende nel prezzo di abbonamento l'estensione on line della rivista, consultabile all'indirizzo
www.edicolaprofessionale.com/lesocieta
L'abbonamento digitale è consultabile all'indirizzo:
www.edicolaprofessionale.com/lesocieta

**ITALIA**
Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 295,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: 275 + Iva 4%

**ESTERO**
Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 590,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 275,00

**MAGISTRATI e UDITORI GIUDIZIARI** - sconto del 20% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alle Agenzie Wolters Kluwer (http://shop.wki.it/agenzie) o inviando l'ordine via posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 20142 Milano o via fax al n. 02-82476403 o rivolgendosi al Servizio Informazioni Commerciali al n. 02-82476794.
Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura.

**MODALITÀ DI PAGAMENTO**
— Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a WKI S.r.l. Gestione incassi - Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 20142 Milano

*oppure*

— Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista e l'anno di abbonamento.

Prezzo copia: € 33,00

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

**DISTRIBUZIONE**
Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M.29/12/1989 e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio Abbonato,
**ai sensi dell'art. 13 del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016**, "relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)", La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati e custoditi su database elettronici situati nel territorio nazionale e di Paesi appartenenti allo Spazio Economico Europeo (SEE), o paesi terzi che garantiscono un adeguato livello di protezione dei dati. Wolters Kluwer Italia S.r.l., in qualità di Titolare del trattamento, utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica potrebbero essere anche utilizzati ai fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli della presente vendita.
Lei ha il diritto di chiedere a Wolters Kluwer Italia S.r.l. l'accesso ai dati personali che La riguardano, nonché la rettifica, la cancellazione per violazione di legge, la limitazione o l'opposizione al loro trattamento ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali. Lei ha, inoltre, il diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento, senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della revoca, nonché di proporre reclamo all'Autorità Garante per il trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 77 del Regolamento UE 679/2016.
L'elenco aggiornato dei responsabili e delle persone autorizzate al trattamento è consultabile presso la sede di Wolters Kluwer Italia S.r.l. – Via dei Missaglia, n. 97, Edificio B3 – 20142 Milano (MI).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

**Omnia Trattati Giuridici**

# Trattato delle società

Diretto da Vincenzo Donativi

In **4 tomi**, fornisce un quadro completo del **sistema di disciplina delle società**.

**TOMO I** - Le società in generale e le società di persone

**TOMO II** - La società per azioni

**TOMO III** - Società in accomandita per azioni - Società a responsabilità limitata - Istituti comuni alle società di capitali

**TOMO IV** - Società quotate - Statuti speciali - Società cooperative

Y93OLCL

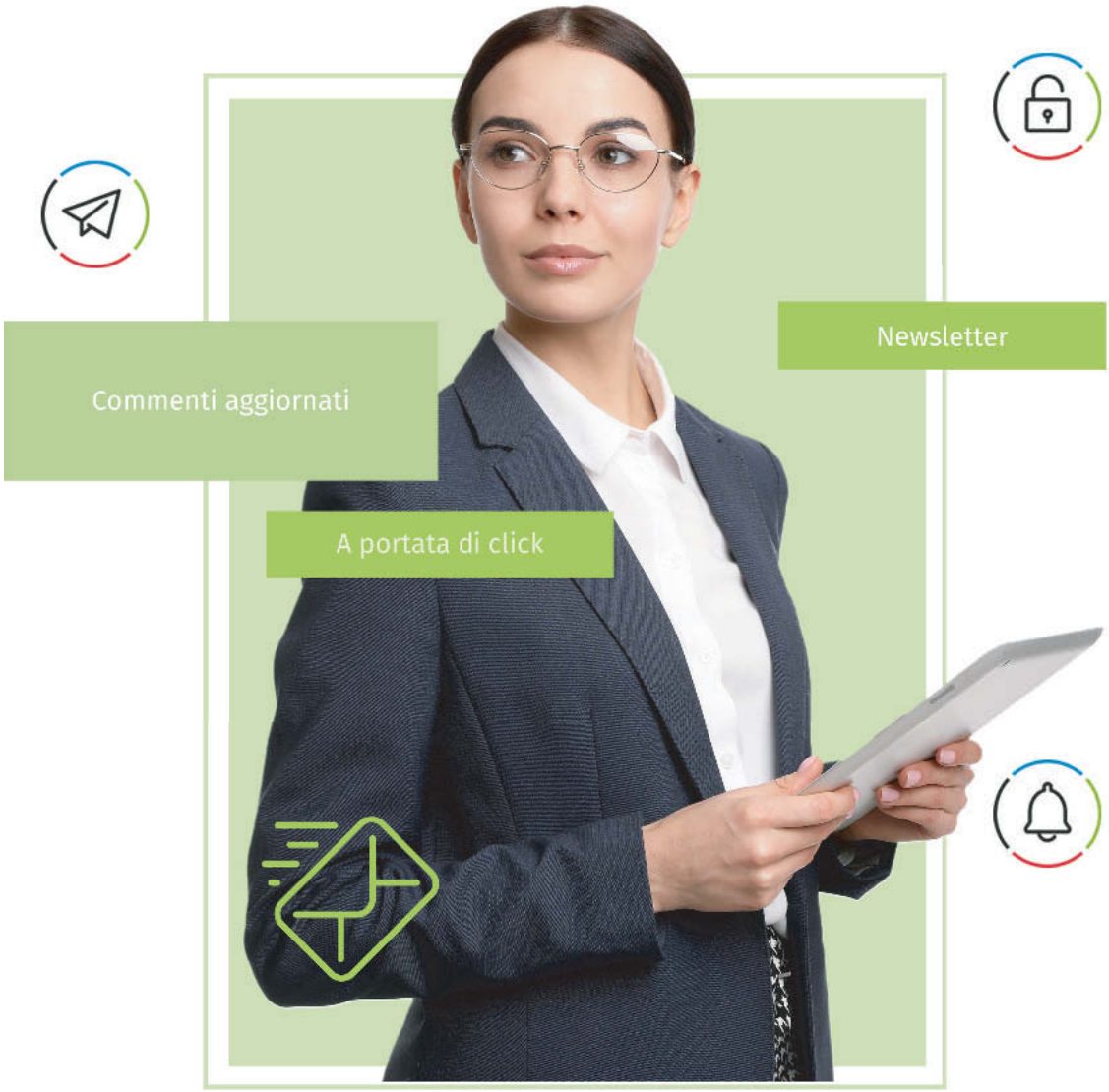
Wolters Kluwer

wolterskluwer.com

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

# Breviaria Iuris *Più*

## La sintesi di sempre.
## Sempre *Più* aggiornata.




Y10OMCL

**Breviaria Iuris *Più*** è l'evoluzione dei celebri Codici commentati CEDAM. Unisce all'**eccellenza di sempre,** tutti i vantaggi dell'**innovativa versione online costantemente aggiornata.**

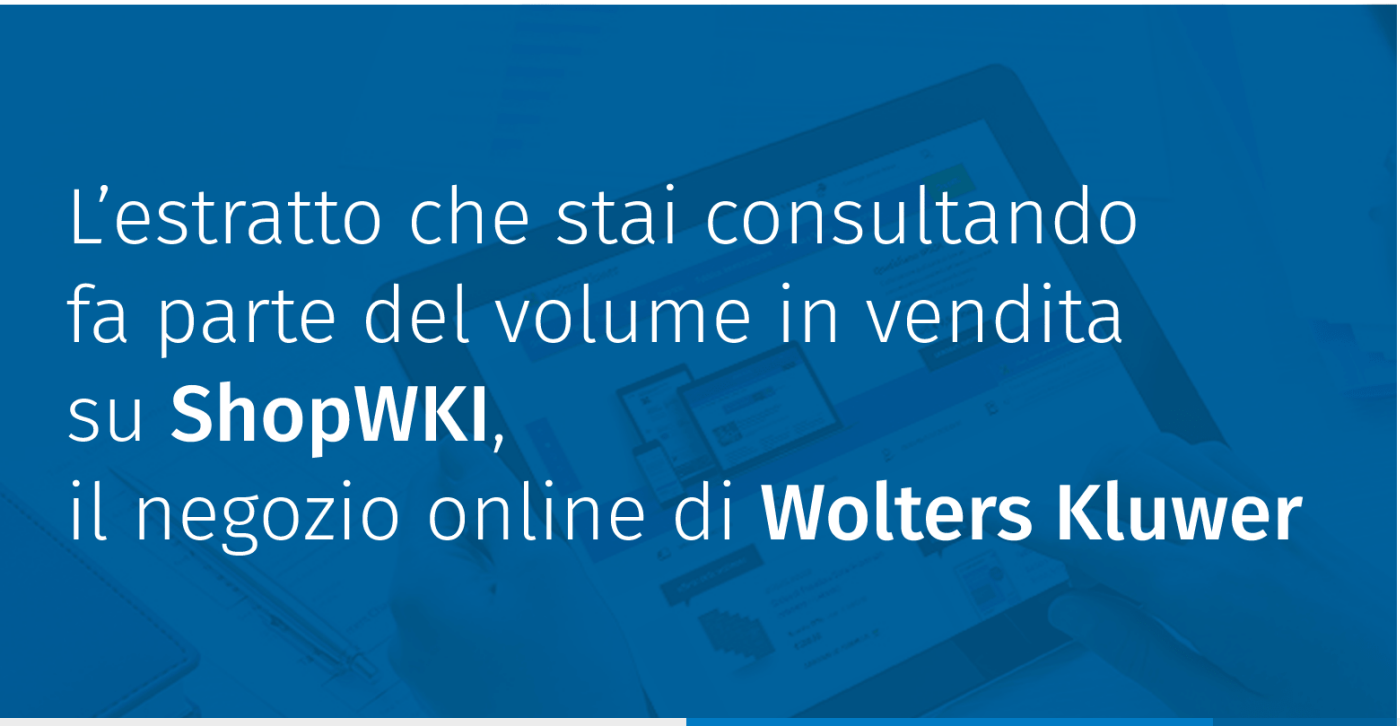
Scopri il **nuovo Commentario Breve al Codice Civile CARTA+DIGITALE** con aggiornamento.
Già scelto da migliaia di abbonati.

info.wolterskluwer.com/breviaria-iuris

Wolters Kluwer

CEDAM

Wolters Kluwer



L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

Torna al libro

CEDAM IPSOA UTET GIURIDICA il fisco ALTALEX