

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

Torna al libro









# VOSA Le Società

Mensile di diritto e pratica commerciale societaria e fiscale

ISSN 1591-2094 - ANNO XLIV - Direzione e redazione - Via Bisceglie 66 - 20152 Milano

1/2025



Imposta di donazione e trasferimento d'azienda

SGR socio di controllo e informazione contabile di gruppo

Contratto di acquisizione di società e tutela dell'acquirente

Il valore informativo di un prezzo non vincolante nella stima del valore di mercato dell'azienda

#### **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

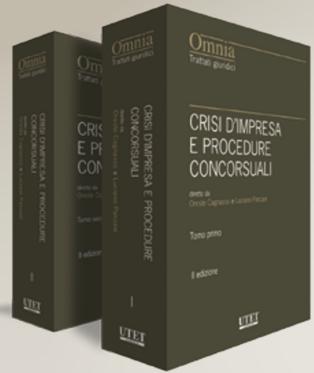
Carlo Enrico Paliero

Processo, arbitrato e mediazione Ilaria Pagni



CRISI D'IMPRESA E PROCEDURE CONCORSUALI

Diretto da **Oreste Cagnasso** e **Luciano Panzani** 



Il Trattato offre un quadro completo e **organico di tutta la disciplina concorsuale.** 

Aggiornato al **Correttivo del Codice della crisi** (D.Lgs.13/09/2024, n. 136)

	DIRITTO SOCIETARIO	
Imposta di successione e donazione	NON SOGGETTO A IMPOSTA IL TRASFERIMENTO D'AZIENDA <i>MORTIS CAUSA</i> O EFFETTUATO PER DONAZIONE, PATTO DI FAMIGLIA E TRUST di <i>Angelo Busani</i>	5
Registro delle imprese	Cassazione Civile, Sez. I, 13 giugno 2024, n. 16477 SULLA RINUNCIA ALLE "MERE PRETESE": FINALMENTE LA PAROLA ALLE SEZIONI UNITE	19
	di Francesca Bianconi	21
Partecipazioni sociali	Cassazione Civile, Sez. I, 26 febbraio 2024, n. 5053 CONTRATTO DI ACQUISIZIONE DI SOCIETÀ E TUTELA DELL'ACQUIRENTE di <i>Marco Speranzin</i> e <i>Andrea Tina</i>	31 32
Bilancio	Tribunale di Milano, Sez. Impr., 27 marzo 2024 (dec. 15 giugno 2023) SGR SOCIO DI CONTROLLO E INFORMAZIONE CONTABILE DI GRUPPO	39
	di Fabio Nieddu Arrica	49
	VALUTAZIONI E BILANCIO	
Stima	IL VALORE INFORMATIVO DI UN PREZZO NON VINCOLANTE NELLA STIMA DEL VALORE DI MERCATO	
	di <i>Mauro Bini</i>	57
	DIRITTO PENALE COMMERCIALE	
Responsabilità penale amministratori	Cassazione Penale, Sez. IV, 6 novembre 2024, n. 40682 (ud. 3 ottobre 2024) LA RESPONSABILITÀ PENALE DEGLI AMMINISTRATORI TRA DELEGA DI FUNZIONI E PROCURA ENDOCONSILIARE IN MATERIA DI SICUREZZA SUL LAVORO	67
	di Enrico Maria Canzi	73
	PROCESSO, ARBITRATO E MEDIAZIONE	
Pignoramento di quote societarie	Cassazione Civile, Sez. III, 16 settembre 2024, n. 24859 IL PIGNORAMENTO (DIRETTO E NON "PRESSO TERZI") DI QUOTA DI S.R.L. INTESTATA A SOCIETÀ FIDUCIARIA SECONDO LA CASSAZIONE: DUBBI E PROSPETTIVE	79
	di Vincenzo De Carolis	85
	OSSERVATORI	
	GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ a cura di <i>Romilda Giuffrè</i>	99
	GIURISPRUDENZA DI MERITO a cura di <i>Martino Andreoni</i> e <i>Alessandra Stabilini</i>	103
	CONSOB a cura di <i>Angelo Busani</i> e <i>Giampaolo Grasso</i>	109
	FISCALE a cura di <i>Massimo Gabelli</i>	112
	EUROPEO a cura di <i>Marco Stillo</i>	116

### Le Società Sommario

#### **INDICI**

INDICE AUTORI, CRONOLOGICO, ANALITICO

119

#### 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'adequamento 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

Imposta di successione e donazione

# Non soggetto a imposta il trasferimento d'azienda *mortis* causa o effettuato per donazione, patto di famiglia e trust

di Angelo Busani (\*)

La riforma dell'imposta di successione e donazione, recata dal D.Lgs. n. 139/2024, ha comportato la riscrittura della norma (l'art. 3, comma 4-ter, del testo unico dell'imposta di successione e donazione) in tema di trasferimenti di azienda non soggetti a imposta se effettuati, a certe condizioni, per successione mortis causa oppure per donazione, patto di famiglia e trust. La riforma impone quindi la rilettura della norma in esame per verificarne il grado di discontinuità con la normativa previgente, specie in relazione alla modificazione della tassazione degli atti inerenti all'istituzione di un trust. The reform of the inheritance and gift tax brought about by Legislative Decree 139/2024 has entailed the rewriting of the provision (Article 3, paragraph 4-ter of the Consolidated Law on inheritance and gift tax) concerning the non-taxable transfers of a going concern [azienda] when carried out, under specific conditions, mortis causa or by gift, family pact [patto di famiglia] or trust. The reform, therefore, requires a reassessment of the provision in question in order to determine the extent of its divergence with the previous legislation, particularly with respect to the change of the taxation of transactions related to the establishment of a trust.

#### I trasferimenti oggetto di agevolazione

Il D.Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 (1), all'art. 3, comma 4-ter (2), primo periodo, dispone che determinati

"trasferimenti [...] di aziende o di rami di esse", al ricorrere di specifici presupposti e fatte salve determinate condizioni, "non sono soggetti" all'imposta di

successioni e donazioni, dell'imposta di bollo e degli altri tributi indiretti diversi dall'IVA" e applicabile (art. 9, comma 3, D.Lgs. n. 139/2024) "agli atti pubblici formati, agli atti giudiziari pubblicati o emanati, alle scritture private autenticate o presentate per la registrazione a partire" dal 1° gennaio 2025 "nonché alle successioni aperte e agli atti a titolo agli atti a titolo gratuito fatti a partire da tale data"

L'introduzione della normativa recata dal comma 4-ter derivò da un evidente impulso delle istituzioni europee e, cioè, dall'invito, rivolto agli Stati membri, di agevolare la successione generazionale nel governo delle imprese: cfr. Zizzo, I trasferimenti di azienda e partecipazioni sociali per successione o donazione, in Corr. trib., 2007, 17, 1351, il quale rileva, più nel dettaglio, che nei documenti della Commissione delle Comunità europee (Raccomandazione n. 94/1069/CE del 7 dicembre 1994 e successiva Comunicazione n. 98/C 93/02, pubblicata nel 1998) "l'onere tributario è infatti additato come uno dei principali fattori di crisi in tale frangente: la necessità di reperire le risorse per assolverlo potrebbe costringere i beneficiari ad indebitarsi o a liquidare una parte delle attività dell'impresa, mettendo in pericolo la sua sopravvivenza, con conseguente perdita di posti di lavoro e di benessere sociale"; Stevanato, L'agevolazione delle trasmissioni d'impresa nel tributo

<sup>(\*)</sup> Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

<sup>(1)</sup> Il D.Lgs. n. 346/1990 reca il Testo unico dell'imposta di successione e donazione, d'ora innanzi, in acronimo, il "TUS".

<sup>(2)</sup> Il comma 4-ter è stato aggiunto all'art. 3 TUS, dall'art. 1, comma 78, lett. a), L. 27 dicembre 2006, n. 296 (intitolata "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2007") con effetto per le successioni apertesi a decorrere dal 3 ottobre 2006, nonché per gli atti pubblici formati, gli atti a titolo gratuito fatti, alle scritture private autenticate e alle scritture private non autenticate presentate per la registrazione a decorrere dal 1° gennaio 2007.

Il comma 4-ter è stato poi modificato (introducendovi l'estensione dell'agevolazione ai trasferimenti, oltre che a favore dei "discendenti", anche a favore del "coniuge" del soggetto disponente, dall'art. 1, comma 31, L. 24 dicembre 2007, n. 244 (intitolata "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2008"), con decorrenza dal 1° gennaio 2008.

Infine, il comma 4-*ter* è stato sostituito dall'art. 1, comma 1, lett. d), D.Lgs. 18 settembre 2024, n. 139 (intitolato "Disposizioni per la razionalizzazione dell'imposta di registro, dell'imposta sulle

# Diritto societario Opinioni

successione e di donazione (3) (4) (con la conseguenza che, se si tratta di trasferimenti per atto tra vivi, l'atto che li reca deve essere registrato gratuitamente, ai sensi dell'art. 55, comma 2, TUS) (5), ciò che, tra l'altro, comporta l'estraneità (6) di detti trasferimenti al coacervo (7) di cui all'art. 57, comma 1, TUS). Con l'espressione "trasferimenti [...] di aziende o di rami di esse" (dato che l'imposta di successione e donazione si applica "ai trasferimenti di beni e diritti per successione a causa di morte, per donazione o a titolo gratuito, compresi i trasferimenti derivanti da

trust e da altri vincoli di destinazione": art. 1, comma 1 (8), TUS) il legislatore evidentemente allude (9) a un eterogeneo insieme di situazioni, elencabili come segue:

- a) i trasferimenti che conseguano a una successione mortis causa;
- b) i trasferimenti che conseguano a una donazione (o che siano posti in essere tramite i patti di famiglia" di cui agli artt. 768-bis (10) ss. c.c.);
- c) i trasferimenti che il trustee di un trust effettui a vantaggio dei beneficiari del trust (oppure che, in

successorio, in Dial. dir. trib., 2007, 588, per cui "è evidente che la norma di esenzione citata si ispira all'esigenza di agevolare il passaggio generazionale d'impresa, secondo una linea di tendenza dei sistemi tributari europei (si veda anche, sul punto, le raccomandazioni della Commissione UE n. 94/1069/CE del 1994, e n. 98/C 93/02 del 1998), allo scopo di non pregiudicare il going concern di aziende che, donate o cadute in successione, potrebbero dover essere cedute, in tutto o in parte, per consentire agli eredi o donatari di procurarsi la provvista con cui assolvere gli obblighi tributari. Questa condivisibile esigenza si è tradotta in un intervento che va in una duplice direzione, giacché vengono esentati i trasferimenti di aziende o rami di azienda, nonché i trasferimenti di partecipazioni societarie". Cfr., inoltre, Corasaniti, I profili tributari del passaggio generazionale delle imprese tra condizioni di obiettiva incertezza interpretativa e (probabili) interventi di riforma, in Dir. prat. trib., 2020, 5, 1881; Magli, Note critiche sul passaggio generazionale dell'impresa familiare, tra patto di famiglia, strumenti alternativi di diritto societario e trust. in Contr. impr., 2019, 4, 1617; Marzo, L'imposta sulle successioni e donazioni nei trasferimenti d'azienda, in Notariato, 2018, 1, 116; Peta, Il nuovo orientamento della Cassazione in tema di trattamento fiscale del patto di famiglia, in Notariato, 2021, 2, 222. Cfr. anche, in giurisprudenza, Cass. Civ. 19 dicembre 2018, n. 32823 (sulla quale cfr. Busani, La Cassazione: sul patto di famiglia imposta di donazione pesante, in Il Sole 24 Ore, 20 dicembre 2018), in Notariato, 2019, 4, 460, con nota di Damiano, Novità fiscali in tema di patto di famiglia; in Nuova giur. civ. comm., 2019, 3, 477, con nota di Benni De Sena, Patto di famiglia e rilevanza fiscale dell'atto di liquidazione a favore dei legittimari non assegnatari; in Corr. trib., 2019, 3, 267, con nota di Basilavecchia, II patto di famiglia: dove il diritto civile unisce, il Fisco (e la giurisprudenza) dividono, secondo cui "il beneficio fiscale in esame realizza nell'ordinamento interno l'oggetto della raccomandazione n. 94/ 1069 del 7 dicembre 1994, con la quale la Commissione Europea richiedeva ai singoli Stati membri di adottare misure idonee a facilitare il passaggio generazionale delle piccole e medie imprese, al fine di assicurarne la sopravvivenza e di salvaguardarne i livelli occupazionali, considerando: - 'che uno degli ostacoli al buon esito della successione è costituito dalla difficoltà per i successori di finanziare il compenso per gli altri coeredi e che alcuni strumenti di finanziamento adequati dovrebbero essere disponibili in tutti gli Stati membri'; - 'che uno dei principali ostacoli al buon esito della successione familiare è costituito dal correlativo onere fiscale'; - 'che il pagamento delle imposte di successione o di donazione rischia di mettere in pericolo l'equilibrio finanziario dell'impresa e quindi la sua sopravvivenza'"; nonché Corte cost. 23 giugno 2020, n. 120, in *GT-Riv. giur. trib.*, 2021, 1, 5, con nota di Stevanato, Successioni d'impresa e agevolazioni fiscali tra discrezionalità del legislatore e principio di uguaglianza; in Foro it., 2021, 4, 1, 1197; in Dir. prat. trib., 2020, 5, 2098, con nota di Gallo, Introduzione del dibattito sulla costituzionalità delle imposte successorie e sulle donazioni; in Giur. cost., 2020, 3, 1361, con nota di Corasaniti, Il passaggio generazionale delle aziende e l'imposizione successoria: dalla Consulta le indicazioni al legislatore per la revisione del (sospettato di incostituzionalità) vigente regime

agevolativo, ove è stato rilevato che "l'introduzione, negli Stati membri della Comunità europea, di forme di agevolazione sulle imposte di successione e donazione con riguardo al passaggio generazionale delle imprese è stata a suo tempo sollecitata dalla Raccomandazione 94/1069/CE della Commissione europea sulla successione nelle piccole e medie imprese, adottata il 7 dicembre 1994 (cui ha fatto seguito la Comunicazione 98/C 93/02 della Commissione relativa alla trasmissione delle piccole e medie imprese, adottata il 27 marzo 1998)".

(3) Cfr., in materia, Busani, L'agevolazione per il passaggio generazionale dell'azienda, in questa Rivista, 2018, 11, 1219.

(4) Nel caso in cui nell'ambito del compendio aziendale trasferito ai sensi dell'art. 3, comma 4-ter, TUS, siano presenti anche beni immobili, l'art. 1, comma 2, D.Lgs. 31 ottobre 1990, n. 347, dispone la non soggezione del trasferimento all'imposta ipotecaria e l'art. 10, comma 3, D.Lgs. n. 347/1990, ne dispone la non soggezione all'imposta catastale.

Si noti, al riguardo, che la risoluzione n. 341/E del 23 novembre 2007 (sulla quale cfr. Busani, *La donazione resta esente anche se c'è conferimento*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 novembre 2007), osservando il caso di un'azienda (nel cui ambito vi sia la proprietà di un immobile) trasferita a una pluralità di beneficiari e della conseguente regolarizzazione della "società di fatto" formatasi tra detti beneficiari, ha erroneamente affermato che si rendono dovute le "imposte ipotecaria e catastale nella misura proporzionale ordinariamente prevista dal TUIC".

(5) Cfr. in tal senso Comm. Trib. Reg. Piemonte, 30 novembre 2010, in *One FISCALE https://onefiscale.wolterskluwer.it/*; Comm. Trib. Prov. Novara, 13 gennaio 2011, nn. 9, 10, 11, 12, in *One FISCALE https://onefiscale.wolterskluwer.it/*; Comm. Trib. Reg. Piemonte, 2 marzo 2011, n. 17, in *One FISCALE https://onefiscale.wolterskluwer.it/*; Comm. Trib. Prov. Novara, 31 marzo 2011, n. 47, in *One FISCALE https://onefiscale.wolterskluwer.it/*; Comm. Trib. Prov. Novara, 7 aprile 2011, n. 55, in *One FISCALE https://onefiscale.wolterskluwer.it/*.

(6) Cfr. in tal senso la Risposta a interpello n. 571 del 30 agosto 2021, sulla quale cfr. Busani, *Le donazioni di azienda non intaccano il plafond di esenzione*, in *Il Sole 24 Ore*, 31 agosto 2021.

(7) La materia del coacervo è oggetto di compiuta trattazione in Busani, *Imposta di successione e donazione*, Milano, 2020, par. 57.1. (e sequenti), cui, pertanto, si fa rinvio.

(8) Come sostituito dall'art. 1, comma 1, lett. b), n. 1, D.Lgs. 18 settembre 2024, n. 139.

(9) Cfr. la circ. n. 3/E del 22 gennaio 2008, secondo cui "sono, quindi, esenti dall'imposta sulle successioni e donazioni i trasferimenti di aziende o rami di esse, di azioni e quote sociali, attuati in favore dei discendenti e del coniuge mediante disposizioni *mortis causa*, donazioni, atti a titolo gratuito o costituzione di vincoli di destinazione, nonché mediante patti di famiglia di cui agli articoli 768-bis e seguenti del codice civile".

(10) Ai sensi dell'art. 768-bis c.c., "[è] patto di famiglia il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda [...] ad uno o più discendenti".

attuazione di un vincolo di destinazione, quale quello di cui all'art. 2645-ter (11) c.c., vengano effettuati a vantaggio dei beneficiari del vincolo di destinazione), nel caso in cui tali trasferimenti "determinino arricchimenti gratuiti dei beneficiari" (art. 4-bis (12), comma 1, primo periodo, TUS);

d) i trasferimenti che il disponente di un trust effettui per la sottoposizione di aziende o rami d'azienda al vincolo del trust (oppure che il disponente di un vincolo di destinazione effettui per la loro sottoposizione al vincolo stesso) nel caso in cui sia esercitata l'opzione per la tassazione "in entrata" di cui all'art. 4-bis, comma 3, primo periodo, TUS, e sempre che si tratti di un trust (o di un vincolo di destinazione) preordinato a determinare un arricchimento gratuito dei beneficiari (art. 4-bis, comma 1, primo periodo, TUS).

## L'apporto di azienda in trust con opzione per la tassazione "in entrata"

Con riguardo all'esercizio della predetta opzione per la tassazione del trust "in entrata", vi è da osservare che essa provoca la conseguenza della non soggezione all'imposta di donazione dei trasferimenti che il trustee poi effettui "a favore dei beneficiari appartenenti alla medesima categoria per cui è stata *corrisposta* l'imposta in via anticipata" (art. 4-bis, comma 3, quarto periodo, TUS).

Invero, nel caso di opzione per la tassazione "in entrata" riferita a un atto di dotazione di trust avente a oggetto un'azienda (il quale sia beneficiato dall'agevolazione di cui all'art. 3, comma 4-ter, TUS) nessuna tassazione viene materialmente "corrisposta" a causa dell'applicazione dell'agevolazione in parola, ma appare evidente che il legislatore non abbia inteso, con la predetta espressione (inerente alla avvenuta "corresponsione" dell'imposta di donazione), subordinare la non soggezione a tassazione "in uscita" al fatto della materiale "corresponsione" di un'imposta "in entrata", avendo invece voluto probabilmente intendere che il presupposto della non soggezione a tassazione "in uscita" sia il mero esercizio dell'opzione per la tassazione "in entrata", a prescindere dal fatto che poi, per effetto dell'applicazione di una norma agevolativa (si pensi, ad esempio, all'applicazione di una franchigia), una imposta non sia stata effettivamente pagata in dipendenza di detta opzione.

Ragionare nel senso che la mancata corresponsione (in conseguenza di una norma agevolativa) di un'imposta "in entrata" precluderebbe l'opzione stessa per la tassazione "in entrata" e, quindi, rimanderebbe necessariamente l'applicazione dell'imposta di donazione nel momento in cui il trustee distribuirà ai beneficiari il patrimonio vincolato in trust, significa giungere a una conclusione che non appare confacente con lo spirito della legge, la quale consente al contribuente, senza eccezioni (e, quindi, anche nel caso in cui la tassazione "in entrata" sia affievolita o azzerata per effetto di un'agevolazione), di scegliere se applicare l'ordinaria tassazione "in uscita" o se optare per la tassazione "in entrata", con ciò affrancando da tassazione (se non cambia la "categoria" dei beneficiari) le distribuzioni di patrimonio che il trustee effettui durante la vigenza del trust o in esito alla cessazione del trust.

In altre parole, quando il legislatore fa riferimento (come conseguenza dell'opzione per la tassazione "in entrata") alla corresponsione dell'imposta di donazione in sede di registrazione dell'atto di dotazione del trust, pare alludere non al caso in cui la tassazione "in entrata" abbia effettivamente provocato il pagamento di una imposta, ma solo al fatto che l'atto di distribuzione del patrimonio del trust (per essere considerabile come non soggetto a imposta di donazione) deve essere effettuato dal trustee a favore dei beneficiari "appartenenti alla medesima categoria" che è stata considerata per la tassazione del precedente atto di dotazione del trust. Una volta che la "categoria" coincida, nessun rilievo dovrebbe dunque avere il fatto che la tassazione "in entrata" sia stata affievolita o azzerata per effetto di una norma agevolativa applicata contemporaneamente all'esercizio dell'opzione per la tassazione "in entrata".

Vi è, inoltre, da osservare che, se è esercitabile l'opzione "in entrata" con l'effetto di affrancare da tassazione le attribuzioni "in uscita" anche nel caso in cui una imposta "in entrata" non sia materialmente corrisposta in conseguenza dell'applicazione di un'agevolazione, detto affrancamento vale a prescindere da

<sup>(11)</sup> L'art. 2645-terc.c., dispone che "[g]li atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la

realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo".

<sup>(12)</sup> Inserito nel TUS dall'art. 1, comma 1, lett. e), n. 1, D.Lgs. 18 settembre 2024, n. 139.

# Diritto societario Opinioni

qualunque sia l'oggetto delle distribuzioni del patrimonio vincolato in trust che siano effettuate dal trustee a favore dei beneficiari: e così, se si opti per la tassazione "in entrata" con riguardo all'apporto in trust (agevolato ai sensi dell'art. 3, comma 4-ter, TUS, in quanto beneficiario del trust sia, in ipotesi, il figlio del disponente) di una azienda (e l'agevolazione riceva "consolidazione" per effetto del continuato esercizio dell'attività d'impresa da parte del trustee per almeno un quinquennio), non subisce poi tassazione qualsiasi attribuzione "in uscita" che il trustee effettui a favore del beneficiario il quale sia esattamente il medesimo soggetto considerato in sede di tassazione "in entrata" oppure appartenga alla medesima "categoria" cui apparteneva il beneficiario considerato in sede di tassazione "in entrata": e così non subisce tassazione l'attribuzione che il trustee effettui a favore di un discendente in linea retta del disponente, avente a oggetto (i) la medesima azienda che venne vincolata in trust oppure (ii) un qualsiasi altro bene diverso da detta azienda (si pensi, ad esempio, all'ipotesi che, durante la vigenza del trust e dopo il decorso del quinquennio "di blocco", l'azienda vincolata in trust sia alienata e al beneficiario del trust sia attribuito il denaro rinveniente da detta alienazione).

Con riguardo alla tassazione "in entrata", occorre, infine, rimarcare che la definitività di tale tassazione è subordinata alla condizione che i trasferimenti effettuati dal trustee siano disposti "a favore [di] beneficiari appartenenti alla medesima *categoria* per cui è stata corrisposta l'imposta in via anticipata" (art. 4-bis, comma 3, quarto periodo, TUS), ciò da cui consegue che:

- se il trasferimento del patrimonio vincolato in trust verrà effettuato a favore di beneficiari appartenenti alla "categoria" di beneficiari identica a quella in considerazione della quale è stata applicata la tassazione "in entrata", nessuna tassazione si rende applicabile "in uscita" (e così, ad esempio, se il disponente ha optato per una tassazione "in entrata" con riguardo ai suoi figli, non si applica alcuna tassazione in uscita se il trustee attribuisce il patrimonio del trust ai nipoti ex filio del disponente);

- se il trasferimento del patrimonio vincolato in trust verrà effettuato a favore di beneficiari non appartenenti alla "categoria" di beneficiari identica a quella in considerazione della quale è stata applicata la tassazione "in entrata", tale trasferimento è da sottoporre a tassazione "in uscita", evidentemente detraendo (13) l'imposta assolta "in entrata" (invero, il divieto di rimborso di cui art. 4-bis, comma 3, quinto periodo, TUS, non limita, di certo, tale detraibilità);

- se il trust, come spesso accade, prevede categorie di beneficiari "in subordine", lungi dal potersi derivare, da questa previsione, l'inapplicabilità dell'opzione, deve piuttosto ritenersi che la tassazione "in entrata" vada riferita alla "categoria" di beneficiari che, nell'atto istitutivo del trust, sia gerarchicamente preordinata alle altre, salvo poi farsi luogo alla tassazione "in uscita" se i beneficiari siano di diversa "categoria" (sempre peraltro potendosi detrarre, come sopra, l'imposta assolta "in entrata").

## Il soggetto autore del trasferimento agevolato

Dal rilievo che (i) la normativa in commento dispone la non soggezione di determinati trasferimenti all'imposta di successione e donazione e che (ii) i beneficiari dei trasferimenti che l'art. 3, comma 4-ter, primo periodo, TUS, contempla sono "discendenti e [...] coniuge" del soggetto che pone in essere detti trasferimenti, si deriva pianamente che l'autore di detti trasferimenti non possa che essere una persona fisica (pertanto, la normativa in esame non si applica, ad esempio, nel caso di una S.r.l. unipersonale che doni la propria azienda ai figli o al coniuge del suo unico socio o che istituisca un trust, a favore di costoro, vincolandovi taluni suoi beni).

## I soggetti beneficiari del trasferimento agevolato

La norma di cui all'art. 3, comma 4-ter, primo periodo, TUS, dispone che il beneficio fiscale da essa recato si applica ai trasferimenti "a favore dei discendenti e del coniuge" (14) (rammentandosi che

<sup>(13)</sup> Una analoga detrazione ("considerare le imposte già versate in sede di apporto al trust a scomputo dell'eventuale imposta dovuta al momento della futura attribuzione") venne consentita nella Circ. n. 34/E del 20 ottobre 2022, per il caso della tassazione "in uscita" applicata a trust che fossero stati dotati anteriormente all'emanazione della Circolare stessa (la quale, come noto, contenne il revirement dell'Agenzia sul momento nel quale avrebbe dovuto essere applicata l'imposta di donazione: anteriormente alla Circolare, l'Agenzia riteneva doversi applicare la tassazione "in entrata", con la Circolare è stato invece affermato il principio della

tassazione "in uscita", consentendo, appunto, la detrazione di quanto fosse stato versato "in entrata" a fronte dell'interpretazione poi superata con la Circolare predetta).

<sup>(14)</sup> Si noti, invece, che nell'art. 58, comma 1, secondo periodo, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 ("Il trasferimento di azienda per causa di morte o per atto gratuito non costituisce realizzo di plusvalenze dell'azienda stessa [...]"), l'applicazione della disciplina di favore è relazionata al solo fatto del trasferimento mortis causa o per atto a titolo gratuito, indipendentemente da chi ne sia il beneficiario.

il riferimento della legge al "coniuge" deve intendersi fatto anche al componente dell'unione civile) (15). Evidentemente, a seconda dei casi, si tratta dei discendenti (16) e del coniuge (17) (i) del de cuius, (ii) del donante e (iii) del soggetto che dispone l'istituzione del trust o del vincolo di destinazione; con la precisazione che:

- quanto ai discendenti del soggetto che dispone il patto di famiglia, si tratta del legittimario assegnatario (e, cioè, il discendente che riceve l'attribuzione dell'azienda trasmessa dal disponente) e non del legittimario non assegnatario (e, cioè, il discendente che riceve la "liquidazione" di cui all'art. 768-quater, comma 2, c.c.) (18); a meno che il legittimario non assegnatario non riceva, a sua volta, un'attribuzione avente a oggetto un'azienda o un ramo d'azienda (o una quota di partecipazione al capitale di una società), caso nel quale,

(15) La L. 20 maggio 2016, n. 76 (intitolata "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze") consente che "[d]ue persone maggiorenni dello stesso sesso costituisc[a]no un'unione civile mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile" (art. 1, comma 1); da ciò consegue che "le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole 'coniuge', 'coniugi' o termini equivalenti, ovunque ricorr[a]no nelle leggi," (e, quindi, anche nella legislazione tributaria) "negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi [...], si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso" (art. 1, comma 20) e che, sotto lo specifico profilo della successione *mortis causa*, "[a]lle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso si applicano le disposizioni previste dal capo III e dal capo V del titolo I, dal titolo II e dal capo III e dal capo V bis del titolo IV del libro secondo del codice civile" (art. 1, comma 21).

(16) Pertanto, non è un "discendente" il nipote *ex fratre* del donante: cfr., in tal senso, Cass. Civ. 29 novembre 2019, n. 31333, in *One FISCALE https://onefiscale.wolterskluwer.it/*, secondo cui "nella terminologia utilizzata nel codice civile il vocabolo 'discendente', sia quando è da solo, (ad es. artt. 255, 267, 285, 350, 434, 569, 572, 577, 758 c.c.) sia quando è accompagnato dalla locuzione 'in linea retta' (art. 87 c.c.), assume il compiuto e ben preciso significato tecnico-giuridico, corrispondente all'accezione nel linguaggio ordinario, di indicare il legame di sangue tra due soggetti legati da un vincolo ascendenza-discendenza in linea retta di primo grado (padre-figlio), di secondo grado (nonno-nipote) o di gradi ulteriori (nonno-pronipote). Quando la normativa civilistica vuole estendere un effetto giuridico a rapporti che non sono di mera ascendenza-discendenza vengono utilizzate parole diverse quali: 'fratelli', 'sorelle', 'collaterali', 'parenti'".

(17) L'espressione "e del coniuge", di seguito all'espressione

"a favore dei discendenti", è stata introdotta dall'art. 1, comma 31, L. 24 dicembre 2007, n. 244, in vigore dal 1º gennaio 2008. Per l'interpretazione cui la norma dava adito nella sua versione originaria, cfr. Stevanato, *I trasferimenti di aziende e partecipazioni nell'imposta di successione e donazione: aspetti critici delle nuove fattispecie di esenzione*, in *Dial. dir. trib.*, 2007, 588. La mancata indicazione del coniuge nella versione originaria della norma in questione è stata ritenuta costituzionalmente non illegittima da Corte cost. 23 giugno 2020, n. 120, in precedenza menzionata.

(18) Cfr., in tal senso, Cass. Civ. 24 dicembre 2020, n. 29506, in Corr. giur., 2021, 910, con nota di Riva, Un auspicato revirement sul trattamento fiscale del patto di famiglia; in Notariato, 2021, 2, 211, con nota di Peta, Il nuovo orientamento della Cassazione in tema di trattamento fiscale del patto di famiglia; in questa Rivista, 2021, 10, 1093, con nota di Busani, Se tutti i legittimari debbano partecipare alla stipula del patto di famiglia e se esso possa avere struttura "verticale"; in GT-Riv. giur. trib., 2021, 5, 419, con nota di Loconte, Patto di famiglia: la liquidazione della quota ricevuta dal legittimario non assegnatario va considerata come donazione da parte del disponente; in Stud. Jur., 2021, 5, 635; in Fam. dir., 2021, 8-9, 809, con nota di Moncalvo, Patto di famiglia, unità funzionale e "anticipazione successoria"; in Giur. it., 2022, 3, 608, con nota di Cicero, Il patto di famiglia, tra liberalità e funzione solutoria,

secondo cui "il pagamento dell'imposta va escluso qualora ricorra l'esenzione prevista dall'art. 3, comma 4-ter, D.Lgs. n. 346/1990, che si applica solo alle ipotesi di trasferimento d'azienda e delle partecipazioni societarie in favore del discendente beneficiario che si impegni a proseguire l'esercizio dell'attività d'impresa o a detenere il controllo societario per un periodo non inferiore a cinque anni, giammai, quindi, alle liquidazioni operate dal discendente in favore di altri legittimari"; Cass. Civ. 17 giugno 2022, n. 19561, in Notariato, 2022, 5, 515; in Dir. prat. trib., 2023, 4, 1436, con nota di Lancia, La Cassazione conferma il (corretto) regime impositivo da riservare al patto di famiglia, secondo cui "l'esenzione prevista dall'art. 3, comma 4-ter, D.Lgs. n. 346/1990, si applica al patto di famiglia solo con riguardo al trasferimento dell'azienda e delle partecipazioni societarie in favore del discendente beneficiario, non anche alle liquidazioni operate da quest'ultimo in favore degli altri legittimari". Appare peraltro abbastanza ovvio che quando, nelle predette decisioni, la Cassazione osserva le attribuzioni effettuate a favore di legittimari non assegnatari, sta facendo riferimento ad attribuzioni aventi a oggetto beni diversi da quelli il cui trasferimento è agevolabile ai sensi dell'art. 3, comma 4-ter, TUS.

Da notare che, anteriormente, decidendo per la tassazione dell'attribuzione al legittimario non assegnatario "in base all'aliquota ed alla franchigia relative non al rapporto tra disponente ed assegnatario, e nemmeno a quello tra disponente e legittimario, bensì a quello tra assegnatario e legittimario" (e, quindi, in modo difforme dalle successive decisioni n. 29506/2020 e 19561/2022 appena sopra menzionate), la Cassazione ha argomentato che "la sottoposizione delle liquidazioni ai legittimari" non assegnatari "al medesimo regime impositivo proprio del trasferimento aziendale o societario a favore del discendente" "dovrebbe coerentemente indurre ad estendere anche alle prime (in presenza delle richieste condizioni di continuità e controllo) il regime di esenzione dall'imposta di donazione del citato D.Lgs. n. 346/1990, ex art. 3, comma 4-ter" (Cass. Civ. 19 dicembre 2018, n. 32823, in Nuova giur. civ. comm., 2019, 3, 474, con nota di Benni De Sena, Patto di famiglia e rilevanza fiscale dell'atto di liquidazione a favore dei legittimarî non assegnatarî; in Notariato, 2019, 4, 458, con nota di Damiano, Novità fiscali in tema di patto di famiglia: in Corr. trib., 2019, 3, 267, con nota di Basilavecchia, Il patto di famiglia: dove il diritto civile unisce, il Fisco (e la giurisprudenza) dividono).

Nel senso dell'inapplicabilità dell'agevolazione di cui all'art. 3, comma 4-ter, TUS, alle attribuzioni al legittimario non assegnatario, cfr. anche la circ. n. 3 del 22 gennaio 2008, par. 8.3.3. ("L'agevolazione recata dall'art. 3, comma 4-ter, del TUS, si applica esclusivamente con riferimento al trasferimento effettuato tramite il patto di famiglia, e non riguarda anche l'attribuzione di somme di denaro o di beni eventualmente posta in essere dall'assegnatario dell'azienda o delle partecipazioni sociali in favore degli altri partecipanti al contratto") e la circ. n. 18/E del 29 maggio 2013, par. 5.3.2. ("L'agevolazione recata dall'art. 3, comma 4-ter, del TUS, si applica esclusivamente con riferimento al trasferimento effettuato tramite il patto di famiglia, e non riguarda anche l'attribuzione di somme di denaro o di beni eventualmente posta in essere dall'assegnatario dell'azienda o delle partecipazioni sociali in favore degli altri partecipanti al contratto").

# Diritto societario Opinioni

evidentemente, ben si può applicare, ricorrendone i presupposti, l'agevolazione di cui all'art. 3, comma 4-ter, TUS;

- con riguardo al trust (sia che si abbia un trust autodichiarato, sia che si abbia un trust che preveda un trasferimento patrimoniale dal disponente al trustee), si tratta del coniuge e dei discendenti del disponente che costui abbia designato quali beneficiari del trust.

I discendenti e il coniuge sono persone fisiche e, quindi, l'agevolazione in commento non si applica se beneficiari dei trasferimenti in questione siano soggetti diversi da persone fisiche aventi la qualità di discendenti e di coniuge del disponente (19); pertanto, non si applica, ad esempio, se il trasferimento sia disposto a favore dei fratelli e delle sorelle del *de cuius*, del donante, del soggetto che dispone il patto di famiglia e del soggetto che dispone l'istituzione del trust o del vincolo di destinazione.

Dalla lettera della norma pare doversi trarre che l'agevolazione è esclusa anche nel caso del trasferimento di un'azienda a una società di cui siano unici soci i discendenti e il coniuge dell'autore del trasferimento (20).

#### Unicità o pluralità di beneficiari del trasferimento agevolato

Quando contempla i soggetti aventi causa dei trasferimenti che essa agevola, la norma di cui all'art. 3, comma 4-ter, primo periodo, TUS, si esprime al plurale ("a favore dei discendenti e del coniuge"; "gli aventi causa"): da un lato, perché occorre

correlare - dal punto di vista meramente grammaticale - i trasferimenti (considerati al plurale) che la norma contempla con i beneficiari di detti trasferimenti, d'altro lato - dal punto di vista prettamente giuridico - per sgombrare il campo da ogni dubbio sul punto che è agevolato tanto il trasferimento a favore di un solo beneficiario (ciò che è ovvio), quanto il trasferimento a favore di una pluralità di beneficiari. In quest'ultimo caso, può aversi sia un trasferimento in conseguenza del quale ciascuno dei componenti di questa pluralità di beneficiari effettua un acquisto di sua esclusiva titolarità, sia un trasferimento in conseguenza del quale tra i beneficiari si forma una situazione di titolarità indivisa, cui ciascuno di essi partecipa pro quota. E così, ad esempio, è agevolato tanto il trasferimento dal donante (o de cuius) Caio ai donatari (o eredi) Sempronio e Mevio avente a oggetto (in via esclusiva a favore di ciascun beneficiario) un distinto ramo dell'unica azienda di titolarità del donante o del de cuius, quanto il trasferimento dal donante (o de cuius) Caio ai donatari (o eredi) Sempronio e Mevio, tra essi in comunione pro-indiviso in ragione di metà per ciascuno, dell'unica azienda di titolarità del donante o del de cuius.

## L'azienda oggetto del trasferimento agevolato

L'art. 3, comma 4-ter, primo periodo, TUS, dispone che, al ricorrere di dati presupposti, "non sono soggetti all'imposta" di successione e di donazione i "trasferimenti" di "aziende (21) o rami (22) di esse".

(19) Cfr. la circ. n. 3/E del 22 gennaio 2008, par. 8.3.3., secondo cui "la norma in esame è volta a favorire il passaggio generazionale delle aziende di famiglia e, pertanto, [...] l'esenzione non può trovare applicazione nei casi in cui beneficiario sia un soggetto societario o una persona fisica che non sia 'discendente' o 'coniuge' del dante causa".

(20) Invece, secondo De Marinis, *Commento all'art. 3, d. Igs.* 346/1990, in Fedele - Mariconda - Mastroiacovo (a cura di), *Codice delle leggi tributarie*, Torino, 2014, 630, argomentandosi dalla riconosciuta rilevanza del "controllo indiretto" delle società partecipate, l'agevolazione compete nel caso di una "donazione di azienda a favore di società controllata dal coniuge o discendente del dante causa".

(21) Non è questo il contesto appropriato per indagare il concetto di "azienda"; comunque, per "azienda" deve intendersi "il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa" (art. 2555 c.c.) e, cioè, prendendo a prestito le parole della Corte di cassazione, si intende quell'aggregato di beni e rapporti connotato da "una destinazione all'esercizio dell'impresa che, pur nascendo da un atto di volontà dell'imprenditore, deve tradursi in circostanze oggettive, quali in particolare la strumentale destinazione dei suddetti beni all'attività produttiva e la relazione strutturale di ciascun bene con gli altri beni dell'azienda, in modo tale che il loro complesso, organizzato per lo svolgimento dell'attività economica imprenditoriale, sia caratterizzato da potenzialità produttiva e dall'obiettiva attitudine all'esercizio dell'impresa e,

quindi, alla realizzazione della finalità a cui l'organizzazione tende": Cass. Civ. 8 settembre 2005, n. 17927, in *Boll. trib.*, 2006, 5, 441; in *Dir. prat. trib.*, 2006, 2, 424; e in *GT-Riv. giur. trib.*, 2006, 1, 51, con nota di Montesano, *Individuazione della fattispecie del conferimento di azienda ai fini dell'imposta di registro*. Cfr. anche Cass. Civ. 20 giugno 2000, n. 8973, in *Dir. prat. trib.*, 2003, 2, 508, secondo cui "si ha cessione d'azienda, [...] quando le parti non hanno inteso trasferire una semplice somma di beni, ma un complesso organico unitariamente considerato, dotato di una potenzialità produttiva, tale da farne emergere la complessiva attitudine anche solo potenziale all'esercizio di impresa".

Una compiuta trattazione del concetto di "azienda" è contenuta in Busani, *Imposta di registro. Imposte ipotecaria e catastale. Imposta sostitutiva per i finanziamenti*, Milano, 2022, 2293, cui, pertanto, si fa rinvio.

(22) Sul concetto di "ramo d'azienda" cfr., ad esempio, Cass. Civ. 19 gennaio 2017, n. 1316, in *One FISCALE https://onefiscale.wolterskluwer.it/*, secondo cui "rappresenta elemento costitutivo della cessione del ramo di azienda [...] l'autonomia funzionale del ramo ceduto, ovvero la capacità di questo, già al momento dello scorporo dal complesso cedente, di provvedere ad uno scopo produttivo con i propri mezzi, funzionale ed organizzativi e quindi di svolgere (autonomamente dal cedente e senza integrazioni di rilievo da parte del cessionario) il servizio o la funzione cui risultava finalizzato nell'ambito dell'impresa cedente al momento della cessione".

Anzitutto, dato che la legge non qualifica dette aziende, vi è da considerare che esse possono avere qualsiasi consistenza (e, cioè, possono essere aziende piccole, medie o grandi) ed essere funzionali allo svolgimento di un'attività imprenditoriale di qualsiasi natura (e, quindi, sia commerciale che agricola) (23).

Inoltre, al fine di comprendere il concetto di azienda cui l'art. 3, comma 4-ter, primo periodo, TUS, allude, occorre por mente al fatto che il beneficio fiscale in commento è concesso dalla legge "a condizione che [l'avente causa o] gli aventi causa [del trasferimento] proseguano l'esercizio dell'attività d'impresa [...] per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento" (art. 3, comma 4-ter, terzo periodo, TUS).

La norma in commento, quindi, essenzialmente osserva il caso di un'azienda in funzionamento e

subordina il beneficio fiscale al fatto che gli aventi causa del trasferimento proseguano l'esercizio dell'attività d'impresa. Queste espressioni normative inducono, peraltro, a occuparsi (almeno) delle seguenti questioni:

a) ci si deve chiedere, anzitutto, se possa essere oggetto di agevolazione il trasferimento di un'aggregazione di beni e diritti che bensì sia qualificabile come "azienda" ma che "non sia funzionante" e, quindi, non vi sia (non vi sia mai stato o non vi sia più, pur essendoci stato anteriormente) lo svolgimento di un'attività d'impresa (si pensi a un'azienda che il de cuius avesse allestito e che non avesse mai messo in funzione; oppure a un'azienda che fosse funzionante e il cui funzionamento sia stato cessato e che poi venga donata) (24); in correlazione al quesito appena posto, ci si deve ulteriormente chiedere se possa essere agevolato il trasferimento di

relativa convenzione negoziale abbia avuto ad oggetto il trasferi-

(23) Cfr., sul punto, Assonime, circ. n. 13 del 12 marzo 2007. (24) Non può "escludersi la" ricorrenza di una fattispecie in cui ravvisare una "cessione (o l'affitto) di azienda sol perché, per la mancanza di alcuni elementi, essa non [sia] in condizione di funzionare" (Cass. Civ. 26 luglio 1993, n. 8365, in Corr. trib., 1993, 2361; cfr. sul punto anche la risoluzione n. 301939 del 24 febbraio 1975) oppure solo perché, pur trattandosi di un completo complesso di beni organizzato per l'esercizio dell'impresa. l'attività produttiva non sia comunque in atto: cfr. Cass. Civ. 4 giugno 1981, n. 4009, in Foro it., 1982, I, 177, secondo cui "al fine di qualificare come trasferimento di azienda il trasferimento di un complesso di beni organizzati, non si richiede che questo sia caratterizzato dal requisito della produttività come realtà in atto al momento della stipulazione, ma è sufficiente che la produttività sia la conseguenza potenziale, prevista e considerata dalle parti, dell'organizzazione dei vari elementi che lo compongono" (nella specie: è stata ritenuta sospesa, e non cessata, un'azienda danneggiata dai bombardamenti bellici del 1944); Cass. Civ. 13 dicembre 1996, n. 11149, in Il fisco, 1997, 3249, secondo cui "un complesso di beni si qualifica come azienda anche se l'attività economica in funzione della quale esso è organizzato non sia ancora iniziata o sia stata sospesa, essendo sufficiente che il complesso stesso sia caratterizzato dall'obiettiva attitudine all'esercizio dell'impresa, a realizzare cioè la finalità cui quella organizzazione tende; né, [...] la nozione di azienda postula [...] l'esercizio in atto dell'attività economica organizzata, dovendo riconoscersi che il beneficio premia la idoneità obiettiva dell'organismo aziendale a realizzare finalità produttive, volute assecondare dal legislatore" (nel medesimo senso cfr. anche Cass. Civ. 10 ottobre 2008, n. 24913, in One FISCALE https://onefiscale.wolterskluwer.it/); Comm. Trib. II grado Catania 13 giugno 1988, in II fisco, 1988, 7051, secondo cui "nel caso di cessione di un insieme di mobili e immobili, ciò che contraddistingue la cessione di azienda dalla cessione di un certo numero di cose di diversa natura, è dato dalla potenziale attitudine di tale complesso di beni a realizzare le finalità economiche cui è destinato, e non anche l'esistenza di una concreta produzione in atto"; Cass. Civ. 28 aprile 1998, n. 4319, in *Tributi*, 1998, 857, ove si afferma che 'carattere precipuo dell'azienda, secondo la nozione civilistica dell'istituto, è 'l'organizzazione dei beni finalizzata all'esercizio dell'impresa', intesa come opera unificatrice dell'imprenditore funzionale alla realizzazione di un rapporto di complementarità strumentale tra beni destinati alla produzione; pertanto, si è in presenza di una cessione di azienda - con consequente applicazione dell'imposta di registro e non dell'Iva - tutte le volte in cui la

mento di beni organizzati in un contesto produttivo (anche solo potenziale) dall'imprenditore per l'attività d'impresa, senza che risulti di ostacolo alla configurabilità della cessione né la mancanza dell'avviamento né la destinazione dei beni aziendali ad altro settore produttivo da parte dell'acquirente, purché la nuova produzione si realizzi, pur sempre, attraverso tale complesso di beni già organizzati dal precedente imprenditore": Cass. Civ. 11 giugno 2007, n. 13580, in Notariato, 2008, 1, 13, con nota di Fimmanò, La morfologia della res azienda, secondo cui "sussiste cessione di azienda, agli effetti dell'imposta di registro, anche se i contraenti escludono dalla cessione determinati beni aziendali, purché risulti che, nonostante tale esclusione e sebbene essa concerna elementi essenziali dell'azienda medesima, permanga nel complesso dei beni oggetto del trasferimento un residuo di organizzazione che ne dimostri la complessiva attitudine all'esercizio dell'impresa, non rilevando in contrario che, al momento della cessione, il complesso aziendale non si trovi in stato attuale di produttività ed essendo, invece, sufficiente che esso, anche se momentaneamente inutilizzato, mantenga una residua potenzialità produttiva"; Cass. Civ. 27 giugno 2008, n. 17613, in One FISCALE https://onefiscale.wolterskluwer.it/, secondo cui "la cessione di beni strumentali, la cui complessità ed interdipendenza, in merito all'esercizio di un'impresa, costituisce cessione di azienda soggetta ad imposta di registro mentre il trasferimento di singoli beni, non suscettibili di incrementare la potenzialità produttiva dell'impresa, costituisce operazione imponibile Iva. Tuttavia, ai fini dell'individuazione del corretto trattamento tributario, non integra condicio sine qua non la circostanza che i beni siano organizzati e l'esercizio dell'attività sia attuale, essendo meramente sufficiente l'attitudine potenziale"; Cass. Civ. 19 aprile 2017, n. 9857, in Il fisco, 2017, 20, 1995 (identica a Cass. Civ. 30 gennaio 2018, n. 2248, in One FISCALE https://onefiscale. wolterskluwer.it/), secondo cui "la qualificazione di una vendita di beni come cessione d'azienda non esige l'attualità dell'esercizio dell'impresa, né il trasferimento delle relazioni finanziarie, commerciali e personali, essendo sufficiente che i beni ceduti abbiano un'attitudine potenziale all'utilizzo per un'attività d'impresa". Sul tema che il concetto di azienda non presuppone necessariamente un'attività economica in corso di svolgimento, ma che si

mente un'attività economica in corso di svolgimento, ma che si deve trattare di un complesso di beni potenzialmente idoneo a supportare l'esercizio di una attività di impresa, cfr. anche la risoluzione n. 360984 del 7 agosto 1978, inerente alla cessione di un complesso aziendale inattivo a causa di intervenuto fallimento (cosicché non viene meno la natura di cessione di azienda

# Diritto societario Opinioni

un'azienda da parte di un soggetto che non sia un imprenditore;

b) in secondo luogo, ci si deve porre il tema se possa essere applicata l'agevolazione nella fattispecie in cui solo taluni degli aventi causa proseguano l'esercizio dell'attività d'impresa (si pensi al caso della donazione di un'azienda dal padre ai tre figli Caio, Mevio e Sempronio; e che poi l'attività aziendale sia proseguita dal solo Caio, il quale prenda in affitto o in comodato le quote di azienda di titolarità di Mevio e di Sempronio);

c) in ultimo luogo, ci si deve chiedere se possa essere oggetto di agevolazione la fattispecie in cui l'attività di impresa del disponente, sia in effetti proseguita, ma non dagli aventi causa del disponente, bensì da altri (si pensi al caso della donazione di un'azienda da Tizio al figlio Caio; e che poi l'attività aziendale sia proseguita da un soggetto terzo, cui Caio affitti l'azienda donata; oppure al caso dell'azienda concessa in affitto o in usufrutto a terzi e che, come tale, sia oggetto di donazione o di successione mortis causa). Con riferimento alla questione di cui sopra alla lettera a) (trasferimento di azienda non funzionante o da parte di un soggetto non imprenditore) può probabilmente ritenersi (25) che il legislatore, nel redigere la norma in commento, abbia senz'altro ragionato pensando all'id quod plerumque accidit (e, cioè, al fatto che oggetto di trasferimento sia un'azienda funzionante e che, pertanto, il soggetto dante causa sia l'imprenditore che la gestisce), ma senza voler escludere (26) dall'agevolazione il caso del trasferimento di un'azienda che bensì esista, ma non sia in funzionamento (la quale sia trasferita a un soggetto il quale la metta in funzionamento, con ciò soddisfacendo la condizione dell'esercizio dell'attività d'impresa per un periodo non inferiore a cinque anni": art. 3, comma 4-ter, terzo periodo, TUS); e può probabilmente ritenersi, pertanto, che l'espressione "prosegu[ire] l'esercizio dell'attività d'impresa" non escluda l'applicazione del beneficio fiscale al caso del trasferimento di un complesso di beni definibile come "azienda" pur non essendo funzionante (per non aver mai funzionato oppure per esser stato cessato il suo funzionamento) il quale sia appunto messo poi in funzione dall'avente causa del trasferimento.

In altre parole, a questa conclusione pare potersi giungere osservando, ciò che invero appare ben plausibile, al fatto che il legislatore abbia mirato ad agevolare non solo la trasmissione del complesso aziendale quando esso è strumentale all'esercizio di un'attività imprenditoriale in atto, ma anche quando esso è solo potenzialmente strumentale all'esercizio di un'attività imprenditoriale (da parte del beneficiario del trasferimento il quale poi in effetti eserciti l'attività d'impresa per almeno un quinquennio avvalendosi del compendio aziendale in questione). La fattispecie che la normativa in esame valorizzerebbe e beneficerebbe, allora, sarebbe (non solo il trasferimento di un'azienda funzionante, ma anche) l'avvenuta originazione e il successivo trasferimento di un complesso di beni organizzato al fine di essere atto alla produzione e alla fornitura di beni e di servizi, a prescindere dal

se l'atto di cessione sia effettuato dal curatore fallimentare); e la risoluzione n. 660026 del 4 dicembre 1990, secondo cui "perché sia configurabile una cessione d'azienda a nulla rileva la circostanza che la cessione avvenga in sede fallimentare, ovvero che non sussista al momento della cessione un'attività produttiva, atteso che la qualificazione di 'azienda' discende dalla circostanza che ci sia una organizzazione di beni potenzialmente idonea a realizzare un'attività d'impresa" (cfr. pure, nel medesimo senso, la risoluzione n. 503091 del 28 novembre 1973; la risoluzione n. 361390 del 30 ottobre 1976; la risoluzione n. 369817 del 7 maggio 1980; la risoluzione n. 250733 del 30 ottobre 1985; la risoluzione n. 220139 del 7 agosto 1986).

(25) Cfr., in tal senso, anche Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 43-2007/T del 18 aprile 2008, Tassazione dei patti di famiglia e dei trasferimenti di cui all'art. 1 comma 78 legge 27 dicembre 2007 n. 296 (cd. Finanziaria 2007), in CNN Notizie del 14 maggio 2008; nonché Puri, Prime riflessioni sul trattamento fiscale del patto di famiglia, in Dir. prat. trib., 2008, 3, 565, secondo il quale "è pertanto l'organizzazione e la sua salvaguardia che viene sempre a configurarsi quale elemento coagulante del compendio trasferito e giustificazione del trattamento agevolato, ancor quando la produttività sia solo potenziale e il disponente al momento del trasferimento non rivesta la qualificazione di imprenditore in senso tecnico (come nel caso del proprietario dell'azienda concessa in affitto, che si preoccupi di garantire, alla scadenza dell'affitto, la continuità di gestione dell'impresa o all'azienda

affittata - o concessa in comodato - al medesimo discendente destinatario del trasferimento)".

(26) Ma cfr. la risposta a interpello n. 552 del 25 agosto 2021 (sulla quale cfr. Busani, Il Fisco punisce i patti di famiglia: limiti all'esenzione d'imposta, in Il Sole 24 Ore, 20 settembre 2021) ove l'Agenzia afferma, per l'applicazione della disposizione agevolativa in esame, la "necessaria ed indispensabile presenza [...] di un'azienda di famiglia, intesa quale realtà imprenditoriale produttiva meritevole di essere tutelata anche nella fase del suo passaggio generazionale" con la conseguenza che "in assenza di una 'azienda', l'applicazione dell'agevolazione de qua violerebbe la ratio della disposizione medesima"; derivando tale affermazione dalla sentenza n. 120/2022 della Corte costituzionale (Corte cost. 23 giugno 2020, n. 120, in precedenza menzionata) ove - nell'ambito, per il vero, di un ragionamento finalizzato a contestare l'eccessiva latitudine dell'agevolazione, ritenuta "eccessiv[a]" specialmente se applicata al caso di grandi aziende - si legge che lo "scopo della norma" (e, cioè, quello di "agevolare - attraverso l'eliminazione dell'onere fiscale correlato al trasferimento per successione o donazione - la continuità generazionale dell'impresa nell'ambito dei discendenti nella famiglia in occasione della successione") è innanzitutto evincibile dal suo tenore letterale che, da un lato, riguarda esclusivamente complessi aziendali [...]; dall'altro, subordina la fruizione del beneficio a condizione che i discendenti proseguano l'esercizio dell'attività d'impresa [...] per un periodo di almeno cinque anni".

fatto che il soggetto dante causa esercitasse, o meno, una corrispondente attività d'impresa.

Questo ragionamento che, dunque, valorizza l'azienda come complesso di beni e diritti in sé (idoneo o potenzialmente idoneo allo svolgimento di un'attività d'impresa) e non solo l'azienda in quanto strumento di un'attività d'impresa in atto, porta poi a concludere (27) anche che (i) non dovrebbe condizionare l'applicazione dell'agevolazione in commento il fatto che il disponente abbia la qualità di "imprenditore" (la legge, in effetti, non lo richiede) (28); e che (ii) oggetto di agevolazione potrebbe, quindi, essere tanto il trasferimento della piena proprietà (o dell'usufrutto) (29) di un'azienda quanto il trasferimento del diritto di nuda proprietà (30) di un'azienda, essendo l'usufrutto riservato in capo al disponente oppure trasferito a soggetto diverso dal coniuge e dai discendenti del disponente (in quest'ultimo caso, l'onere della prosecuzione dell'attività imprenditoriale per almeno un quinquennio dovrebbe essere verificato in capo al soggetto che ha il diritto di utilizzo del compendio aziendale oggetto di trasferimento).

Con riferimento alla questione di cui sopra alla lettera b) (esercizio dell'impresa da parte di "tutti" gli aventi causa), appare sensato ritenere che il legislatore, avendo condizionato il mantenimento dell'agevolazione al fatto che sia "prosegu[ito]" "l'esercizio dell'attività d'impresa" (art. 3, comma 4-ter, terzo periodo, TUS), abbia inteso riferirsi, in caso di trasferimento dell'azienda a favore di una pluralità di beneficiari, sia all'evenienza che l'attività d'impresa venga proseguita da tutti i beneficiari del trasferimento agevolato sia che l'attività d'impresa venga

proseguita soltanto da parte di taluno di essi. La situazione che, in sostanza, il legislatore avrebbe voluto beneficiare, con questa espressione normativa ("a condizione che [l'avente causa o] gli aventi causa proseguano l'esercizio dell'attività d'impresa"), sarebbe che il complesso aziendale oggetto di trasferimento agevolato sia poi utilizzato per l'esercizio della corrispondente attività d'impresa e che di tale esercizio siano protagonisti i suoi (o taluno dei suoi) aventi causa: tale obiettivo sarebbe, pertanto, soddisfatto tanto nel caso che detta attività d'impresa venga esercitata dal soggetto il quale sia l'unico beneficiario del trasferimento, quanto nel caso che l'attività d'impresa venga esercitata da parte di tutti i beneficiari del trasferimento (se essi siano una pluralità) oppure, infine, sempre nel caso della loro pluralità, anche solamente da parte di taluno di essi. Avvalora questa conclusione, tra l'altro, la considerazione che l'agevolazione in parola non si perde come appena oltre si vedrà - nel caso in cui l'azienda oggetto di trasferimento venga conferita in una società di persone oppure in una società di capitali il cui controllo, posteriormente al conferimento, sia in capo ai soggetti beneficiari del trasferimento agevolato: ebbene, non vi è chi non veda che, nel caso del conferimento dell'azienda in una società:

- l'attività d'impresa viene svolta dalla società conferitaria (e non dai suoi soci, e ciò nemmeno se si tratta di una società di persone); e che:
- coloro che sono stati beneficiati dal trasferimento agevolato ai sensi dell'art. 3, comma 4-ter, TUS, una volta "trasformatisi" in soci (mediante l'avvenuto conferimento dell'azienda in una società), ben possono senza che ne derivi alcuna conseguenza

(27) Cfr. in tal senso Puri, *Prime riflessioni sul trattamento fiscale del patto di famiglia*, in *Dir. prat. trib.*, 2008, 3, 565.

(28) Cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 43-2007/T del 18 aprile 2008, Tassazione dei patti di famiglia e dei trasferimenti di cui all'art. 1 comma 78 legge 27 dicembre 2007 n. 296 (cd. Finanziaria 2007), in CNN Notizie del 14 maggio 2008, secondo cui "il dettato normativo non richiede nel disponente e nell'attualità del trasferimento la 'qualitas' di imprenditore in senso tecnico, pur dovendosi ragionevolmente ritenere che il trattamento fiscale agevolato sia finalizzato proprio alla conservazione dell'integrità funzionale dell'impresa esercitata (o da esercitare) tramite il compendio trasferito (o un suo ramo)".

(29) Si ammette l'applicazione dell'agevolazione al trasferimento del diritto di usufrutto su un'azienda in Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 43-2007/T del 18 aprile 2008, Tassazione dei patti di famiglia e dei trasferimenti di cui all'art. 1 comma 78 legge 27 dicembre 2007 n. 296 (cd. Finanziaria 2007), in CNN Notizie del 14 maggio 2008, secondo cui nel perimetro applicativo della norma in commento rientrano anche "le costituzioni di usufrutto, le sub-cessioni di usufrutto da parte dell'usufruttuario, (laddove non vietate dal titolo), le cessioni effettuate sia pure con riserva di disporre di cose determinate (ai sensi dell'art. 790 c.c.) o con condizione di riversibilità (ai sensi dell'art. 791 c.c.)"; nonché in G. Gaffuri, L'imposta sulle successioni e donazioni. Trust e patti di

famiglia, Padova, 2008, 502. Lo ammette implicitamente (e, cioè, negando che l'agevolazione possa essere concessa alla donazione avente a oggetto la donazione della nuda proprietà di un'azienda) la risposta a interpello n. 231 del 12 luglio 2019 (sulla quale cfr. Busani, *La nuda proprietà ceduta non cancella i benefici fiscali*, in *Il Sole 24 Ore*, 13 luglio 2019).

(30) Cfr., Mauro, Il patto di famiglia - aspetti fiscali, in AA.VV., Protezione del patrimonio e passaggio generazionale, Torino, 2018, 83, secondo cui "l'esenzione potrebbe operare anche per il trasferimento della sola nuda proprietà dell'azienda"; e Puri, Prime riflessioni sul trattamento fiscale del patto di famiglia, in Dir. prat. trib., 2008, 589, secondo cui "non sembra che la circostanza per cui al discendente viene trasferita solo la nuda proprietà precluda l'utilizzo del beneficio in questione".

Cfr. invece, in senso contrario, la risposta a interpello n. 231 del 12 luglio 2019 (sulla quale cfr. Busani, *La nuda proprietà ceduta non cancella i benefici fiscali*, in *Il Sole 24 Ore*, 13 luglio 2019), secondo cui "il 'nudo proprietario', pur avendo la titolarità del bene gravato dall'usufrutto, non dispone del diritto di godimento né dei poteri di gestione dell'azienda ricevuta a titolo gratuito. In tale caso, quindi, non può trovare applicazione tale disposizione agevolativa, in assenza di uno dei presupposti necessari, vale a dire la prosecuzione dell'esercizio dell'attività dell'impresa per i cinque anni successivi al trasferimento".

# Diritto societario Opinioni

sull'ottenuta agevolazione - indifferentemente assumere sia la condizione di socio effettivamente impegnato nella conduzione dell'impresa sociale, sia di socio marginalmente impegnato nell'attività svolta dalla società, sia di socio ("di mero capitale") completamente avulso dalla vita sociale.

Con riferimento, infine, alla questione di cui sopra alla lettera c) (esercizio dell'attività d'impresa, posteriormente al trasferimento agevolato, da parte di soggetti diversi dagli aventi causa del trasferimento stesso) la norma, in effetti, è abbastanza categorica ("a condizione che [l'avente causa o] gli aventi causa proseguano l'esercizio dell'attività d'impresa") sul punto che i soggetti tenuti all'esercizio dell'attività d'impresa, posteriormente al trasferimento agevolato ai sensi dell'art. 3, comma 4-ter, TUS, siano i beneficiari del trasferimento stesso (o, almeno, taluno di essi, come sopra sostenuto); quindi, è difficile ipotizzare la concessione dell'agevolazione nel caso, ad esempio, dell'azienda concessa in affitto a terzi che sia poi oggetto di successione mortis causa (31) o della donazione dell'azienda da un padre ai due figli e della successiva concessione in affitto a terzi dell'azienda da parte dei due donatari (32).

Peraltro, non appare implausibile giungere, invece, a una risposta affermativa alla domanda che ci si è posta, ove si pensi:

- da un lato, al fatto che la situazione tutelata dalla agevolazione in commento ben potrebbe essere l'oggettiva esistenza di un'azienda e l'oggettiva prosecuzione dell'attività imprenditoriale (da chiunque sia) svolta con riferimento a detto complesso aziendale (poiché l'importante - per il sistema in generale -

sarebbe che l'attività impresa proseguisse nonostante il passaggio generazionale); e:

- d'altro lato, di nuovo con riferimento all'eventualità che l'azienda trasferita con l'agevolazione sia poi oggetto di un conferimento in una società (ciò che non determina la perdita dell'agevolazione in esame) (33), al fatto che, in tal caso, non vi è (o non vi è più) l'esercizio dell'attività d'impresa da parte degli "aventi causa" del trasferimento agevolato, in quanto autore dell'attività d'impresa diviene la società conferitaria, a prescindere dal ruolo (attivo o meno) che i soci assumano nell'organizzazione societaria e nella sua gestione.

#### La decadenza dall'agevolazione per mancata prosecuzione dell'attività d'impresa

L'art. 3, comma 4-ter, TUS, sancisce che l'agevolazione, ivi disposta, per i "trasferimenti" di "aziende o rami di esse" è concessa "a condizione che":

a) l'avente causa o "gli aventi causa" del trasferimento (nel caso del trust, si tratta dei beneficiari che ricevono l'attribuzione dell'azienda dal trustee, a meno vi sia l'opzione per la tassazione "in entrata", di cui all'art. 4-bis, comma 3, primo periodo, TUS, caso nel quale è il trustee a dover proseguire l'attività d'impresa) "proseguano l'esercizio dell'attività d'impresa [...] per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento" (art. 3, comma 4-ter, terzo periodo, TUS);

b) i predetti soggetti rendano, "contestualmente alla presentazione della dichiarazione di

(31) È questa la fattispecie osservata in Consiglio Nazionale del Notariato, Quesito n. 172-2010/T, Trasferimento per causa di morte di azienda in affitto e regolarizzazione società di fatto, in CNN Notizie del 23 dicembre 2010, ove si afferma che "anche volendo ritenere irrilevante, ai fini dell'applicazione del comma 4ter cit., la mancanza 'attuale' della qualifica imprenditoriale del de cuius (che ha affittato la sua unica azienda), la prosecuzione ed il rinnovo alla scadenza del contratto di affitto dell'azienda da parte degli eredi ostano alla soddisfazione della condizione prevista dal citato comma 4-ter, relativa al proseguimento dell'esercizio dell'attività di impresa [...] per un periodo di cinque anni dalla data del trasferimento (proseguimento in relazione al quale gli eredi devono anche espressamente rendere una dichiarazione, contestualmente alla presentazione della dichiarazione di successione). In presenza di un contratto di affitto di (unica) azienda, infatti, l'attività di impresa che viene svolta mediante quel complesso organizzato dei beni (cfr. art. 2555 c.c.) non è più esercitata dal concedente/proprietario ma dall'affittuario. Pertanto, nel caso di specie, gli eredi dell'azienda - che continui ad essere affittata ad un soggetto terzo [...] non potrebbero proseguire l'esercizio dell'attività di impresa, rendendo la dichiarazione prevista dal citato comma 4-ter". Cfr. anche De Marinis, Commento all'art. 3, d. lgs. 346/1990, in Fedele - Mariconda - Mastroiacovo (a cura di), Codice delle leggi tributarie, Torino, 2014, 629, secondo cui "[l]a condizione della prosecuzione dell'esercizio dell'impresa per un periodo non inferiore a cinque anni esclude che l'azienda possa essere oggetto di un contratto di affitto o della costituzione di un usufrutto sulla medesima"; e Mauro, Il patto di famiglia - aspetti fiscali, in AA.VV., Protezione del patrimonio e passaggio generazionale, Torino, 2018, 83, secondo cui "va considerato che l'esenzione può essere applicata solo ove il beneficiario dell'azienda prosegua 'l'esercizio dell'attività d'impresa' per 5 anni dopo il trasferimento, elemento che implica, in capo all'assegnatario, l'esercizio effettivo dell'attività di impresa. Per questo si ritiene che l'esenzione non possa operare per il trasferimento dell'azienda data in affitto o comodato a meno che l'affittuario/comodatario non sia il discendente assegnatario dell'azienda".

(32) Cfr. invece Marzo, *L'imposta sulle successioni e donazioni nei trasferimenti d'azienda*, in *Notariato*, 2018, 1, 117, secondo cui "data la necessità che il beneficiario 'prosegua l'esercizio dell'attività d'impresa' a pena della decadenza dall'agevolazione, si deve però escludere [...] che il beneficiario sia libero di non gestire direttamente l'azienda ma di concederla a terzi in affitto o usufrutto; è invece necessario che il beneficiario del trasferimento subentri direttamente nella gestione dell'azienda ricevuta, dando luogo alla richiesta 'prosecuzione dell'attività d'impresa'".

(33) Cfr. in tal senso la risoluzione n. 341/E del 23 novembre 2007 (sulla quale cfr. Busani, *La donazione resta esente anche se c'è conferimento*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 novembre 2007).

successione o all'atto (34) di donazione" (espressione in cui deve evidentemente intendersi ricompresa qualsiasi altra fattispecie - come il trust o il vincolo di destinazione - nella quale la disciplina dell'art. 3, comma 4-ter, TUS, si rende applicabile) "apposita dichiarazione di impegno alla continuazione dell'attività" imprenditoriale (35) (art. 3, comma 4-ter, quarto periodo, TUS); nel caso in cui si tratti di una pluralità di soggetti, tutti costoro dovrebbero rilasciare la dichiarazione in questione, non sembrando sufficiente la dichiarazione rilasciata solamente da taluno di essi.

La ratio della previsione normativa appena sopra riportata è che "[n]on avrebbe senso [...] sgravare il trasferimento dell'azienda per evitare di spezzare la continuità dell'iniziativa, se poi l'interruzione si realizza per volontà del beneficiario medesimo" (36). Ebbene, quanto all'interpretazione dell'espressione "prosegu[ire] l'esercizio dell'attività d'impresa", già sopra s'è discusso sia in ordine all'azione da compiere ("proseguano"), sia in ordine al profilo oggettivo della prosecuzione (e, cioè, di ciò che deve essere oggetto di prosecuzione), sia, infine, in ordine al profilo soggettivo (e, cioè, dei soggetti che debbono rendersi autori di detta prosecuzione).

Con riferimento, poi, al "periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento" durante il quale "l'esercizio dell'attività d'impresa" deve essere "prosegu[ito]", non si pongono problemi interpretativi nelle fattispecie in cui venga posto in essere un atto inter vivos (ad esempio, una donazione); ove, invece, si tratti di un trasferimento per successione a causa di morte, tale periodo quinquennale evidentemente deve essere inteso decorrere dal giorno di apertura della successione (37) (e non dal giorno in cui l'eredità sia stata accettata né dal giorno della registrazione della dichiarazione di successione): e ciò, stanti sia il tenore letterale della legge, sia il fatto che l'accettazione dell'eredità determina che l'acquisto dell'eredità stessa si ha per avvenuto nel momento di apertura della successione (ai sensi dell'art. 459

#### Il conferimento dell'azienda in società

Sia nel caso del trasferimento agevolato ai sensi dell'art. 3, comma 4-ter, TUS, a favore di un unico beneficiario, sia (a maggior ragione) nel caso del trasferimento agevolato a favore di una pluralità di beneficiari (in quanto, l'esercizio collettivo dell'attività d'impresa da parte di costoro genera (38)

(34) Nel caso di donazione stipulata all'estero, la dichiarazione può essere contenuta nel contesto del verbale di deposito dell'atto estero presso un notaio italiano effettuato ai sensi dell'art. 106, L. 16 febbraio 1913, n. 89 (è la legge che disciplina l'ordinamento della professione notarile): cfr. in tal senso Cass., 28 febbraio 2023, n. 6077, in *Notariato*, 2023, 4, 472.

(35) Cfr. Cass. Civ. 29 gennaio 2019, n. 2417, One LEGALE https://onelegale.wolterskluwer.it/, secondo cui "la dichiarazione con la quale il contribuente si impegna a proseguire l'esercizio dell'attività di impresa del 'de cuius', ovvero a detenerne il controllo per un periodo non inferiore a cinque anni dal trasferimento, da presentarsi contestualmente alla dichiarazione di successione, costituisce condizione di ammissione al godimento del beneficio di cui all'art. 3, comma 4 ter, D.Lgs. n. 346/1990, stante la necessità della collaborazione del contribuente in relazione a circostanze non altrimenti conosciute o conoscibili dall'Amministrazione ed alle quali la legge ricollega detto beneficio".

(36) Zizzo, I trasferimenti di azienda e partecipazioni sociali per successione o donazione, in Corr. trib., 2007, 17, 1351.

(37) Cfr., in tal senso, anche Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 43-2007/T del 18 aprile 2008, *Tassazione dei patti di famiglia e dei trasferimenti di cui all'art. 1 comma 78 legge 27 dicembre 2007 n. 296 (cd. Finanziaria 2007)*, in *CNN Notizie* del 14 maggio 2008.

(38) Per un caso di regolarizzazione di società di fatto tra i donatari, derivante da donazione dell'azienda paterna, cfr. risoluzione n. 341/E del 23 novembre 2007 (sulla quale cfr. Busani, *La donazione resta esente anche se c'è conferimento*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 novembre 2007).

Sui presupposti al cui ricorrere si ritiene venuta in essere una società di fatto, cfr., risoluzione n. 310881 del 30 ottobre 1989, secondo cui "Questa Direzione generale, con risoluzione ministeriale n. 250452 dell'11 settembre 1979, ha affrontato tale problematica ed in particolare ha esaminato, ai fini dell'applicazione delle norme recate dagli artt. 7 e 10 della L. 16 dicembre 1977, n. 904, nel caso di conferimento di azienda di proprietà di

due o più soggetti, derivante da comunione ereditaria, se si possano profilare gli estremi della enunciazione di società di fatto. Nella citata risoluzione si è sottolineato che la distinzione tra comunione e società si ricava facendo ricorso alla contrapposizione che la legislazione fa con gli artt. 2247 e 2248 c.c. Nel primo la nozione di società è così delineato: 'con il contratto di società due o più persone conferiscono beni e servizi per l'esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili'. Nel secondo la comunione viene indicata come quell'istituto 'costituito o mantenuto al solo scopo del godimento'. Ciò posto, sembra alla scrivente che il solo fatto della gestione in comune del bene ereditario, nella fattispecie una azienda agricola, non possa richiamare necessariamente il concetto di costituzione di società di fatto. Quando l'attività degli eredi si limita alla coltivazione ed alla prima manipolazione del prodotto ed alla divisione degli utili. ovvero alla cessione in affitto della azienda, non si è di fronte, come già precisato nella stessa risoluzione, ad una società di fatto. Diversamente argomentando, ogni successione legittima che comporta il godimento pro-indiviso di un bene, farebbe sorgere una società di fatto, anche contro la volontà degli stessi partecipanti. Completamente opposta si prospetterebbe, invece, la situazione nel caso in cui gli eredi conferissero nella eredità stessa nuovi elementi (ad esempio, uso di una nuova ragione sociale, conferimento di notevoli capitali d'uso e di esercizio, acquisto di macchinari, assunzione di nuove attività imprenditoriali oltre i limiti della comunione). La presenza di questi elementi porterebbe senz'altro ad una enunciazione di una società di fatto rilevante ai sensi dell'art. 22 del d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131"

Per un caso in cui è stata negata la configurabilità della società di fatto, cfr. Cass. Civ. 2 luglio 2003, n. 10447, in *One FISCALE https://onefiscale.wolterskluwer.it/*, ove è stata presa in esame un'impresa individuale oggetto di successione ereditaria: due dei tre eredi, i figli minorenni del defunto imprenditore, erano stati rappresentati dall'altro coerede (coniuge superstite e genitore dei figli minori) nell'atto di regolarizzazione della pretesa società di fatto. Secondo la Cassazione, il concetto stesso di società di fatto

# Diritto societario Opinioni

inevitabilmente l'insorgenza tra essi di una "società di fatto", essendo tale esercizio collettivo dell'impresa inequivocabile espressione della loro volontà - implicita o esplicita, a seconda dei casi - di conferimento dell'azienda in una società di fatto) si pone il tema di stabilire se il conferimento dell'azienda (di cui il soggetto conferente abbia ottenuto la titolarità mediante il predetto trasferimento agevolato) in una società determini la perdita di detta agevolazione.

La risposta in senso negativo (e, quindi, nel senso che l'agevolazione non si perde) è venuta dalla stessa Amministrazione Finanziaria (39), la quale ha, sul punto, opinato che "il conferimento, ai fini del mantenimento dell'agevolazione in parola, è assimilabile al proseguimento dell'esercizio dell'attività d'impresa" (40). In particolare, l'Amministrazione riconosce che l'agevolazione di cui all'art. 3, comma 4-ter, TUS, viene mantenuta dal soggetto conferente:

a) nel caso del conferimento dell'azienda in una società di persone, "indipendentemente dal valore della partecipazione ricevuta [dal soggetto conferente] a fronte del conferimento" (e, cioè, indipendentemente dalla percentuale di partecipazione al capitale sociale che rinviene al soggetto conferente per effetto del conferimento);

b) nel caso del conferimento dell'azienda in una società di capitali, "purché [...] le azioni o quote assegnategli a fronte del conferimento consentano di conseguire o integrare il controllo ai sensi dell'art. 2359, primo comma, n. 1), del codice civile (maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria)". Null'altro l'Amministrazione rileva. Pertanto, ben può affermarsi che, al ricorrere dei presupposti appena menzionati, l'agevolazione di cui all'art. 3, comma 4-ter, TUS, non si perde, in caso di

conferimento dell'azienda che è stata oggetto del trasferimento agevolato, qualsiasi sia il ruolo assunto dai soggetti conferenti nell'organizzazione societaria risultante dal conferimento (e ciò, sia nell'attività di governance della società che nella gestione della concreta attività aziendale) e qualsiasi contenuto abbiano le clausole che compongono lo statuto della società conferitaria.

Occorre rilevare, infine, che tanto nel caso del conferimento dell'azienda (di cui il soggetto conferente abbia ottenuto la titolarità mediante un trasferimento agevolato ai sensi dell'art. 3, comma 4-ter, TUS) in una società di persone, quanto nel caso del conferimento dell'azienda in una società di capitali, il quinquennio prescritto dalla legge (nel corso del quale l'attività aziendale deve risultare proseguita) si computa sommando il periodo ante-conferimento con il periodo post-conferimento. E così, se taluno dei conferenti, nella parte del quinquennio che si sviluppa dopo il conferimento, perda la titolarità della sua quota di partecipazione al capitale sociale della società conferitaria (ad esempio, per alienazione o per recesso), si ha, per questo solo soggetto (e, quindi, non per gli altri conferenti), la decadenza dall'agevolazione di cui costui si fosse avvalso ai sensi dell'art. 3, comma 4-ter, TUS.

#### L'alienazione dell'azienda o di singoli suoi rami

Come già osservato, l'art. 3, comma 4-ter, terzo periodo, TUS, consente l'agevolazione in commento "a condizione" che, una volta effettuato il trasferimento di un'azienda o di un ramo d'azienda beneficiato con detta agevolazione, "gli aventi causa proseguano l'esercizio dell'attività d'impresa" correlata al compendio aziendale oggetto di trasferimento agevolato.

presuppone, invece, che "una pluralità di soggetti capaci di agire pongano in essere validamente, ma appunto in via di mero fatto, un comportamento concludente di contenuto analogo a quello che avrebbe potuto essere espresso attraverso la stipulazione normale di un contratto di società". Nel caso esaminato, invece, secondo la Cassazione, un simile comportamento concludente non poteva essere legittimamente posto in essere dagli eredi minorenni, in quanto privi della capacità d'agire, ed inoltre, essendo i figli minorenni rappresentati, ai sensi dell'art. 320 c.c., dal genitore superstite, mancava il requisito della pluralità di centri di interessi, indispensabile per la costituzione di qualsiasi società, anche in via di fatto.

(39) Cfr. in tal senso la risoluzione n. 341/E del 23 novembre 2007 (sulla quale cfr. Busani, *La donazione resta esente anche se c'è conferimento*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 novembre 2007); nonché la circ. n. 18/E del 29 maggio 2013 (par. 5.3.1).

(40) Identicamente l'Amministrazione si è espressa nella circ. n. 3/E del 22 gennaio 2008, par. 8.3.2.: "Il conferimento dell'azienda [...] in [...] società non è causa di automatica decadenza all'agevolazione. Il conferimento, ai fini del mantenimento

dell'agevolazione in parola, può essere assimilato, infatti, al proseguimento dell'esercizio dell'attività d'impresa. In particolare la condizione della prosecuzione dell'attività d'impresa è da intendersi assolta nell'ipotesi in cui, prima del decorso di cinque anni dalla donazione o successione:

- il beneficiario conferisca l'azienda in una società di persone, indipendentemente dal valore della partecipazione ricevuta a fronte del conferimento;
- il beneficiario conferisca l'azienda in una società di capitali, purché, in tal caso, le azioni o quote assegnategli a fronte del conferimento consentano di conseguire o integrare il controllo ai sensi dell'art. 2359, primo comma, n. 1), del codice civile".

Cfr. anche Zanetti, *L'esclusione dall'imposta sulle donazioni per i trasferimenti di aziende e partecipazioni*, in *Il fisco*, 2007, 48, 6915, secondo cui "l'espressa inclusione della comunione di azienda nel novero delle vicende trasformative mette chiaramente in crisi la tesi della 'perfetta continuità soggettiva' quale requisito per poter parlare di operazione di trasformazione posto che la comunione di azienda non costituisce un soggetto di diritto, bensì una situazione con titolarità statica allo scopo di godimento".

Dato che un compendio aziendale, per sua stessa natura, è normalmente soggetto a una continua modificazione delle sue componenti (provocandosi - a seconda dei casi - un incremento o un decremento della sua dimensione, fino a determinarsi una situazione nella quale la consistenza quali-quantitativa del compendio aziendale esistente nel periodo posteriore al suo trasferimento agevolato risulti, in tutto o in parte, diversa da quella osservata al momento del suo trasferimento agevolato ai sensi dell'art. 3, comma 4-ter, TUS) e dato che l'azienda in questione potrebbe anche essere oggetto, in tutto o in parte, di alienazione dopo il suo trasferimento agevolato, si deve sollevare la questione se, in queste fattispecie, si ponga un tema di decadenza dall'agevolazione di cui il trasferimento dell'azienda abbia beneficiato ai sensi dell'art. 3, comma 4-ter, TUS.

Il tema, evidentemente, non rileva, anzitutto, nel caso in cui l'azienda oggetto del trasferimento agevolato ai sensi dell'art. 3, comma 4-ter, TUS, per effetto della sua quotidiana gestione, ordinaria e straordinaria, si sia decrementata o si sia ingrandita o abbia avuto una modificazione (indifferentemente irrisoria o rilevante) delle sue componenti (41), pur sempre, in ogni caso mantenendo quella che era la sua "identità" nel momento in cui venne fatta oggetto del predetto trasferimento agevolato.

Alla stessa conclusione pare doversi giungere, però, anche nel caso in cui accada che, per effetto delle predette "evoluzioni", l'azienda oggetto del trasferimento agevolato ai sensi dell'art. 3, comma 4-ter, TUS, abbia perduto "l'identità" che essa aveva nel momento in cui venne fatta oggetto del predetto trasferimento agevolato (si pensi, ad esempio, al caso in cui un'azienda agricola organizzata per la produzione di frutta, si sia evoluta in un'azienda commerciale organizzata per la produzione di bevande a base di frutta, senza più avere connessione con lo svolgimento di un'attività agricola; si pensi, inoltre, al caso di un'azienda organizzata per la

gestione di un piccolo bar si sia evoluta in un'azienda organizzata per la gestione di un grande albergo; ecc.). Invero, ciò che l'art. 3, comma 4-ter, TUS, parrebbe agevolare è la trasmissione di un complesso aziendale per favorire la "prosecuzione" (nel senso sopra esplicato) dell'attività d'impresa correlata a detto complesso aziendale: nessun rilievo è, quindi, da ascrivere alle vicende (fortunate, sfortunate, modificative, incrementative, decrementative, ecc.) nelle quali incorrano il complesso aziendale in questione e la correlata attività imprenditoriale, nel quinquennio successivo al trasferimento che ha beneficiato dell'agevolazione di cui all'art. 3, comma 4-ter, TUS (42).

Quanto precede dovrebbe, inoltre, essere ripetuto nel caso in cui l'azienda venga in parte alienata (si intende: ne vengano alienate singole sue componenti (43) - di rilievo marginale o di rilievo consistente - o ne vengano addirittura alienati singoli suoi "rami"; si pensi all'azienda attiva nell'allevamento, nella macellazione e nella stagionatura di carni suine e al caso dell'alienazione dei rami "allevamento" e "macellazione" e al mantenimento del solo ramo "stagionatura"; oppure, alla vendita di uno dei due adiacenti edifici in cui veniva esercitata l'azienda alberghiera oggetto di trasferimento agevolato ai sensi dell'art. 3, comma 4-ter, TUS; oppure, alla vendita di quattro dei dieci negozi di cui si componeva l'azienda di commercio di vestiario oggetto di trasferimento agevolato ai sensi dell'art. 3, comma 4-ter, TUS, ecc.). Invero, anche qualora si verifichino queste evenienze, la ratio dell'agevolazione di cui all'art. 3, comma 4-ter, TUS, appare essere comunque preservata, in quanto ciò che essa vuol valorizzare è la trasmissione di un complesso di beni funzionale alla "prosecuzione" (nel senso sopra esplicato) dell'attività d'impresa che vi è correlata. Elaborare un'equazione in base alla quale l'alienazione di un ramo d'azienda dovrebbe provocare una corrispondente decadenza parziale dell'agevolazione di cui all'art.

<sup>(41)</sup> Cfr. la Risposta a interpello n. 231 del 12 luglio 2019 (sulla quale cfr. Busani, *La nuda proprietà ceduta non cancella i benefici fiscali*, in *Il Sole 24 Ore*, 13 luglio 2019), ove è stato affermato che non provoca decadenza l'alienazione della nuda proprietà di un immobile aziendale.

<sup>(42)</sup> Cfr. G. Gaffuri, *L'imposta sulle successioni e donazioni.* Trust e patti di famiglia, Padova, 2008, 506, secondo cui l'impegno alla prosecuzione dell'attività "non implica un'assoluta immobilità: saranno ammesse quelle variazioni che comunque facciano sopravvivere l'azienda, esercitata anche tramite una società"; Puri, *Prime riflessioni sul trattamento fiscale del patto di famiglia*, in *Dir. prat. trib.*, 2008, 598, secondo cui "l'impegno alla prosecuzione dell'attività non deve necessariamente implicare una sorta di paralisi nella vita aziendale. Rivalutando, infatti, la funzione della norma (continuità dell'azienda rispetto al passaggio

generazionale) rispetto alla lettera della norma sembra sostenibile la tesi per la quale, oltre ai mutamenti degli elementi attivi e passivi che compongono l'azienda, saranno comunque ammesse tutte quelle variazioni che facciano sopravvivere l'azienda". Cfr. invece De Marinis, *Commento all'art. 3, d. lgs. 346/1990*, in Fedele - Mariconda - Mastroiacovo (a cura di), *Codice delle leggi tributarie*, Torino, 2014, 630, che sostiene la decadenza dall'agevolazione nel caso in cui "il beneficiario determini una modificazione della destinazione economica del complesso aziendale originario".

<sup>(43)</sup> Cfr. la Risposta a interpello n. 561 del 27 novembre 2020, nella quale è stato affermato che, nel caso di donazione di un'azienda agricola, nel cui àmbito è stata applicata l'agevolazione di cui all'art. 3, comma 4-ter, TUS, non provoca la decadenza l'alienazione infraquinquennale di un terreno facente parte dell'azienda donata.

# Diritto societario Opinioni

3, comma 4-ter, TUS, appare essere un metodo di ragionamento oltremodo semplicistico, poiché non tiene conto del fatto che non può pensarsi a un legislatore che impedisca (con la minaccia della decadenza da una tassazione agevolata) a un imprenditore di adottare le strategie che gli appaiono, tempo per tempo, più opportune, ivi compresa l'alienazione parziale della sua azienda (posta in essere, ad esempio, al fine di ricavare le risorse occorrenti per potenziare la sua restante attività o perché si tratti di un ramo d'azienda in perdita, ecc.).

Se la prosecuzione dell'attività d'impresa, dunque, si verifica, occorre prescindere dalle successive vicende che coinvolgano l'azienda oggetto del trasferimento agevolato, a meno che si abbia una completa cessione del complesso di beni il cui trasferimento abbia beneficiato dell'agevolazione di cui all'art. 3, comma 4-ter, TUS. Pertanto, fatta salva l'ipotesi che si verifichino la completa cessione dell'azienda oggetto del trasferimento agevolato oppure la completa cessazione dell'attività d'impresa correlata a detto compendio aziendale, non appare plausibile ritenere (44), ad esempio, che l'alienazione di un ramo dell'azienda, successivamente al suo trasferimento che sia stato agevolato ai sensi dell'art. 3, comma 4-ter, TUS, determini una decadenza pro-quota proporzionale, da detta agevolazione.

## La cessazione dell'attività imprenditoriale per causa di forza maggiore

La sanzione della decadenza dal beneficio fiscale pare non potersi proprio applicare, inoltre, in tutti quei casi in cui la cessazione dell'attività imprenditoriale consegua a eventi non dipendenti dalla volontà del beneficiario del trasferimento agevolato e che egli sia nella impossibilità di fronteggiare, specie se si tratti di eventi che siano correlati a cause manifestatesi posteriormente all'evento che ha fruito dell'agevolazione. Ci si riferisce, ad esempio, all'ipotesi del decesso dell'imprenditore o della grave malattia invalidante che lo abbia colpito e a tutte quelle altre fattispecie che abbiano analoghe caratteristiche (45).

## Le conseguenze della decadenza dall'agevolazione

Ai sensi dell'art. 3, comma 4-ter, quinto periodo, TUS, la decadenza dall'agevolazione comporta che si rende dovuto il pagamento:

- dell'imposta in misura ordinaria;
- della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 13 (46) D. Lgs. 18 dicembre 1997, n. 471 (47);
- -degli interessi di mora (48) decorrenti dalla data in cui l'imposta medesima avrebbe dovuto essere pagata.

(44) Ma cfr., in senso contrario, la circ. n. 3/E del 22 gennaio 2008, par. 8.3.2., ove si legge che "la decadenza dal beneficio può verificarsi anche in modo parziale, come, ad esempio, nell'ipotesi in cui il beneficiario, nel quinquennio, ceda un ramo dell'azienda. In tal caso la decadenza dal beneficio si verifica limitatamente al ramo di azienda trasferito, purché, per la parte d'azienda non trasferita, il cedente prosegua l'esercizio dell'attività d'impresa" Anche per Zizzo, I trasferimenti di azienda e partecipazioni sociali per successione o donazione, in Corr. trib., 2007, 17, 1351, "[d] ovrebbe [...] provocare una parziale decadenza la vendita, nel quinquennio, di un ramo dell'azienda trasferita". La medesima opinione è espressa in Loconte, Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale, Milano, 2018, 316; Marzo, L'imposta sulle successioni e donazioni nei trasferimenti d'azienda, in Notariato, 2018, 1, 118; Saraceno, Il passaggio generazionale: l'imposizione indiretta, in il fisco 2012, 36, 5794.

(45) Cfr. Puri, *Prime riflessioni sul trattamento fiscale del patto di famiglia*, in *Dir. prat. trib.*, 2008, 3, 599, secondo cui "parimenti dovrebbero essere fatte salve dalla perdita del beneficio anche tutte quelle ipotesi in cui la continuità non si realizza per fatti non imputabili alla volontà dell'erede (decesso, fallimento ecc.)". Nel medesimo senso cfr. Loconte, *Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale*, Milano, 2018, 316; e Capolupo, *Effetti della* 

(incerta) natura giuridica del patto di famiglia sul relativo regime fiscale, in il fisco, 2016, 3847.

(46) Nell'art. 13, comma 1, D.Lgs. n. 471/1997 (quale modificato dall'art. 2, comma 1, lett. I, n. 1, D.Lgs. 14 giugno 2024, n. 87, intitolato "Revisione del sistema sanzionatorio tributario") è disposta la sanzione (applicabile alle violazioni commesse a partire dal 1° settembre 2024: art. 5, D.Lgs. 87/2024) pari al 25 per cento dell'importo non versato (in precedenza, la sanzione era pari al 30 per cento dell'importo non versato).

La predetta normativa è vigente fino al 31 dicembre 2025 in quanto, ai sensi dell'art. 101, comma 1, lett. t), e dell'art. 102, D.Lgs. 5 novembre 2024, n. 173 (intitolato "Testo unico delle sanzioni tributarie amministrative e penali"), dal 1° gennaio 2026 per la sanzione in parola (sempre pari al 25 per cento dell'importo non versato) occorre riferirsi all'art. 38, comma 1, D.Lgs. 173/2024.

(47) Intitolato "Riforma delle sanzioni tributarie non penali in materia di imposte dirette, di imposta sul valore aggiunto e di riscossione dei tributi".

(48) Nella misura del 3,5 per cento annuo (art. 55, comma 4, d.P. R. 26 aprile 1986, n. 131 e art. 6, D.M. 21 maggio 2009, intitolato "Razionalizzazione degli interessi per la riscossione ed il rimborso dei tributi" e pubblicato in *G.U.*, n. 136 del 15 giugno 2009).

#### Cancellazione dal registro delle imprese

Cassazione Civile, Sez. I, 13 giugno 2024, n. 16477 - Pres. De Chiara - Rel. Terrusi - Intesa San Paolo S.p.a. c. C.G., C.G., B.A., B.A.

Società - Cancellazione dal registro delle imprese - Estinzione - Rapporti attivi pendenti - Crediti incerti e illiquidi - Crediti non compresi nel bilancio finale di liquidazione - Omessa appostazione d'un credito - Mere pretese - Rinuncia - Remissione del debito

(Cod. civ. artt. 2492, 2495, 1236)

Sussiste un contrasto in seno alla Corte di cassazione, vertente in particolare sulla possibilità di configurare la tacita rinuncia ad alcuni dei crediti della società, *sub iudice* e illiquidi, e non compresi nel bilancio finale di liquidazione, ove questa venga cancellata dal registro delle imprese in pendenza di lite, con conseguente estinzione e impossibilità di trasferimento ai soci anche ai fini dell'art. 110 c.p.c. [Nel caso di specie, alla luce del contrasto di giurisprudenza e della particolare importanza della questione sottesa, suscettibile di riproporsi in un numero indeterminato di casi, il collegio reputa di dover rimettere gli atti alla Prima Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite].

#### La Corte (omissis).

I. - Nel ricorso principale la banca denunzia nell'ordine: (i) col primo motivo, la violazione e falsa applicazione degli artt. 2033 e 2697 cod. civ., 112 e 101 cod. proc. civ. e l'omesso esame di un fatto decisivo, non essendosi la corte d'appello avveduta che la domanda, vertente su una richiesta di condanna ai sensi dell'art. 2033 cod. civ., era inammissibile per difetto del presupposto essenziale costituito dall'estinzione del conto e dall'avvenuto pagamento a saldo di tutte le poste ritenute invalide o illegittime, volta che neppure era stata adombrata la conversione della domanda di condanna in domanda di mero accertamento del saldo medesimo; infatti l'elemento della chiusura del conto e/o del pagamento del saldo avrebbe dovuto esser considerato alla stregua di condizione di ammissibilità dell'azione di ripetizione, e non solo di procedibilità, così da dover essere valutato come esistente al momento della proposizione della domanda;

(ii) col secondo motivo, la violazione o falsa applicazione degli artt. 2496 cod. civ. e 110 cod. proc. civ., essendosi la corte d'appello conformata a un indirizzo giurisprudenziale in contrasto con la soluzione validata dalle Sezioni Unite con le sentenze n. 6070, 6071 e 6072 del 2013, dovendosi escludere la successione dei soci delle società estinte nelle mere pretese, anche ove già azionate, e nei crediti incerti o illiquidi; in questo senso la decisione impugnata sarebbe errata, avendo affrontato l'argomento come se si trattasse di diritti di credito liquidi e definiti; cosa d'altronde ricavabile dall'ampia disquisizione sulle modalità di estrinsecazione della remissione tacita, che riguarda per l'appunto diritti quanto meno liquidi e di ammontare noto o determinabile;

(iii) col terzo mezzo, la violazione o falsa applicazione degli artt. 2697, 2033, 2934 cod. civ., 112 e 132 cod. proc. civ., e l'omesso esame di fatto decisivo, per avere la sentenza deciso la causa senza alcun approfondimento, non avendo affatto il c.t.u. "prospettato una duplice ipotesi di calcolo", come invece ritenuto dalla corte territoriale, ma una

duplice distinzione a sua volta suddivisa in altre due; segnatamente: una prima distinzione in base alle spese collegate alla tenuta e/o al funzionamento del rapporto di c/c in essere, e una seconda in base alle spese legate a "rapporti terzi", tali da richiedere una specifica pattuizione; per cui quella infine ritenuta dalla corte d'appello era una semplice sottodistinzione, relativa a questa seconda ipotesi e incentrata sulla epurazione di spese e interessi anche di conti terzi e di altri rapporti; in sostanza, la scelta della corte territoriale era caduta su una soluzione avente come elemento di fondo un conto depurato da qualsiasi spesa e da interessi anche relativi a rapporti estranei al giudizio, neppure richiamati specificamente; sui quali diversi rapporti non si era mai instaurato alcun contraddittorio, essendo infine mancata qualsiasi verifica di eventuali profili di criticità o di eventuali poste illegittime applicate dalla banca.

II. - Nel ricorso incidentale condizionato è invece dedotta, in unico motivo, la violazione dell'art. 112 cod. proc. civ. per omessa pronuncia, avendo la corte d'appello, sebbene menzionandola nella motivazione, mancato di accogliere "la domanda di accertamento negativo del conto" e mancato altresì di accertare che il saldo del conto era pari a 456.746,48 Euro.

III. - Il secondo motivo del ricorso principale pone una questione sulla quale si è determinata, presso questa Corte, nell'ultimo decennio, una divaricazione di indirizzi.

La questione attiene alla possibilità di configurare la tacita rinuncia dei crediti della società, non compresi nel bilancio finale di liquidazione, come effetto automatico della cancellazione della stessa dal registro delle imprese, con conseguente estinzione, nella pendenza del giudizio teso a farli accertare.

IV. Al riguardo le Sezioni Unite di questa Corte hanno espresso il noto principio secondo il quale, qualora all'estinzione della società, di persone o di capitali, conseguente alla cancellazione dal registro delle imprese, non corrisponda il venir meno di ogni rapporto giuridico facente capo alla società estinta, si determina un

# Diritto societario Giurisprudenza

fenomeno di tipo successorio, in virtù del quale, tuttavia, dal lato attivo, i diritti e i beni non compresi nel bilancio di liquidazione della società estinta si trasferiscono ai soci, in regime di contitolarità o comunione indivisa, "con esclusione delle mere pretese, ancorché azionate o azionabili in giudizio, e dei crediti ancora incerti o illiquidi, la cui inclusione in detto bilancio avrebbe richiesto un'attività ulteriore (giudiziale o extragiudiziale), il cui mancato espletamento da parte del liquidatore consente di ritenere che la società vi abbia rinunciato, a favore di una più rapida conclusione del procedimento estintivo" (Cass. Sez. Un. 6070-13, Cass. Sez. Un. 6071-13).

Da tale principio ha preso avvio di un indirizzo conforme, del quale può considerarsi espressione, tra le altre, Cass. Sez. 1 n. 25974-15: "l'estinzione di una società conseguente alla sua cancellazione dal registro delle imprese, ove intervenuta nella pendenza di un giudizio dalla stessa originariamente intrapreso, non determina il trasferimento della corrispondente azione in capo ai soci, atteso che dal fenomeno di tipo successorio derivante dalla suddetta vicenda, riguardante esclusivamente gli eventuali rapporti giuridici (afferenti le obbligazioni ancora inadempiute, oppure i beni o i diritti non compresi nel bilancio finale di liquidazione) non venuti meno a causa di quest'ultima, esulano le mere pretese, benché azionate in giudizio, e i diritti ancora incerti o illiquidi necessitanti dell'accertamento giudiziale non concluso, il cui mancato espletamento da parte del liquidatore consente, quindi, di ritenere che la società vi abbia implicitamente rinunciato con conseguente cessazione della materia del contendere". V. - Nel solco di questo indirizzo è stata peraltro progressivamente valorizzata in modo non univoco la questione, di non secondario effetto pratico, del rinvenimento di una presunzione qualificata di rinuncia alle pretese così definibili.

Invero Cass. Sez. 3 n. 15782-16 ha ritenuto che "in caso di cancellazione volontaria di una società dal registro delle imprese, effettuata in pendenza di un giudizio risarcitorio introdotto dalla società medesima, si presume che quest'ultima abbia tacitamente rinunciato alla pretesa relativa al credito, ancorché incerto ed illiquido, per la cui determinazione il liquidatore non si sia attivato, preferendo concludere il procedimento estintivo della società; tale presunzione comporta che non si determini alcun fenomeno successorio nella pretesa *sub iudice*, sicché i soci della società estinta non sono legittimati ad impugnare la sentenza d'appello che abbia rigettato questa pretesa".

VI. - L'assunto non ha trovato integrale condivisione nella giurisprudenza successiva.

In particolare, è stato contrastato da due decisioni, rispettivamente, della Prima sezione e della Prima sottosezione della Sesta sezione, l'una in tema di cancellazione volontaria e l'altra in tema di cancellazione d'ufficio:

- "l'estinzione di una società conseguente alla sua cancellazione dal registro delle imprese, ove intervenuta nella pendenza di un giudizio dalla stessa originariamente intrapreso, non determina anche l'estinzione della pretesa azionata, salvo che il creditore abbia manifestato, anche attraverso un comportamento concludente, la volontà di rimettere il debito comunicandola al debitore e sempre che quest'ultimo non abbia dichiarato, in un congruo termine, di non volerne profittare" (Cass. Sez. 1 n. 9464-20, che in applicazione del principio ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto dovute agli ex soci di una società di capitali, estintasi nel corso della causa, le somme inizialmente pretese dalla medesima):

- "nel caso di cancellazione della società dal registro delle imprese (tanto più se si tratta di cancellazione d'ufficio ex art. 2490, ultimo comma, cod. civ.) non può ritenersi automaticamente rinunciato il credito controverso (nella specie derivante dall'azione promossa ex art. 2476 cod. civ.), atteso che la regola è la successione in favore dei soci dei residui attivi, salvo la remissione del debito ai sensi dell'art. 1236 cod. civ., che deve essere allegata e provata con rigore da chi intenda farla valere, dimostrando tutti i presupposti della fattispecie, ossia la inequivoca volontà remissoria e la destinazione della dichiarazione ad uno specifico creditore" (Cass. Sez. 6-1 n. 30075-20).

VII. - Infine, un'altra decisione della Terza sezione si è posta in antitesi a tale indirizzo, riproponendo l'affermazione che:

- "a seguito della cancellazione di una società di persone dal registro delle imprese, la successione dei soci non opera in relazione ai crediti illiquidi e inesigibili non compresi nel bilancio finale di liquidazione, i quali si presumono tacitamente rinunciati a beneficio della sollecita definizione del procedimento estintivo della società, salva la prova contraria da parte di colui che intenda far valere la corrispondente pretesa, senza che assuma rilievo, a tal fine, la dichiarata qualità di ex socio o di liquidatore, non necessariamente implicante la successione dal lato passivo nel correlativo obbligo" (Cass. Sez. 3 n. 21071-23, la quale, in applicazione del principio, ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dagli ex soci di una società di persone, cancellata dal registro delle imprese nel corso del giudizio di appello, in mancanza della dimostrazione che il credito originariamente azionato dalla stessa - il quale, essendo ancora sub iudice, non poteva considerarsi liquido ed esigibile - non fosse stato implicitamente rinunciato).

VIII. - In definitiva può osservarsi che, dopo le sentenze delle Sezioni Unite all'inizio citate, si è perpetuato un contrasto in seno alla Corte, vertente in particolare sulla possibilità di configurare la tacita rinuncia ad alcuni dei crediti della società, *sub iudice* e illiquidi, e non compresi nel bilancio finale di liquidazione, ove questa venga cancellata dal registro delle imprese in pendenza di lite, con conseguente estinzione e impossibilità di trasferimento ai soci anche ai fini dell'art. 110 cod. proc. civ.

Secondo l'orientamento sotteso alla pronuncia delle Sezioni Unite n. 6070 del 2013, condiviso da altre immediatamente susseguenti anche non massimate, andrebbe constata in casi del genere una presunzione pressoché assoluta di rinuncia, correlata a un intento abdicativo di per sé discendente dalla cancellazione.

Cosa peraltro determinativa di non secondarie criticità: (a) per l'irrazionalità della configurazione che pone a

## Diritto societario Giurisprudenza

elemento distintivo l'idoneità della posta creditoria a essere iscritta nel bilancio finale, in contrasto col principio contabile generale per cui ogni credito, in verità, ancorché illiquido o incerto, va iscritto (e quindi può essere iscritto) in bilancio al valore presumibile di realizzo (art. 2426 cod. civ.); (b) per l'automatica riconduzione della formalità pubblicitaria (la cancellazione dal registro delle imprese) alla fattispecie della rinuncia, pur in presenza di circostanze logicamente non compatibili, come la coltivazione del giudizio per l'accertamento del credito da parte del liquidatore; (c) per l'oggettiva difficolta di sostenere l'assunto sul piano degli effetti pratici, giacché mantenendosi l'automatismo ne deriverebbe una perdita potenziale in pregiudizio degli stessi creditori, in ragione della impossibilità di far conto della posta attiva in esito a una scelta abdicativa a loro estranea.

In ragione di tanto le due decisioni citate, della Prima sezione (Cass. Sez. 1 n. 9464-20) e della Prima sottosezione delle Sesta (Cass. Sez. 6-1 n. 30075-20), hanno ritenuto di poter trovare un punto di equilibrio nell'affermazione di una presunzione inversa, escludente (di fatto) ogni

automatismo: la cancellazione della società non determina la automatica rinuncia del credito controverso, perché la remissione del debito presuppone una volontà inequivoca in tal senso, che deve essere specificamente allegata e provata.

Di contro, l'arresto della Terza sezione ha posto nuovamente al centro del problema l'automatismo discendente dalla distinzione operata dalle Sezioni Unite del 2013, ridimensionandone il profilo - certo - ma sull'opposto versante della ripartizione dell'onere della prova: la volontà abdicativa si presume fintanto che non sia dimostrato il contrario, vale a dire che il credito, originariamente azionato dalla società e per definizione illiquido, non è stato implicitamente rinunciato.

IX. - In guisa del contrasto di giurisprudenza, e in ogni caso anche in considerazione della particolare importanza della questione sottesa, suscettibile di riproporsi in un numero indeterminato di casi, il collegio reputa di dover rimettere gli atti alla Prima Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite.

(omissis).

#### Sulla rinuncia alle "mere pretese": finalmente la parola alle Sezioni Unite

di Francesca Bianconi (\*)

Nell'ordinanza in commento la Prima Sezione della Cassazione, preso atto del contrasto giurisprudenziale sussistente in ordine alla possibilità di configurare la tacita rinuncia ai crediti della società non compresi nel bilancio finale di liquidazione come effetto automatico della cancellazione della stessa dal registro delle imprese, rimette gli atti alla Prima Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite. Il commento ricostruisce i plurimi orientamenti affermatisi nella giurisprudenza e, alla luce delle principali critiche ad essi mosse dalla dottrina, individua quello più coerente rispetto al quadro normativo vigente.

In the decision at hand, the First Section of the Supreme Court of Cassation recognizes the existing case law contrast regarding the possibility of setting up the tacit waiver of the company's credits not included in the final liquidation balance sheet as an automatic effect of the cancellation of the company from the commercial register and it refers the acts to the First President for the possible assignment of the appeal to the United Sections. The comment describes the various approaches that have emerged in case law and the main criticisms raised by doctrine. It then identifies among the various possible solutions the only one tenable in the light of the current legal framework.

#### **Premessa**

La questione portata in luce dalla Prima Sezione civile della Cassazione nell'ordinanza qui pubblicata si colloca nell'ambito delle problematiche correlate all'estinzione della società, che si determina con la cancellazione dal registro delle imprese all'esito del procedimento di liquidazione dell'ente societario. La

cessazione dell'esistenza giuridica della società ha posto agli interpreti il fondamentale problema della definizione delle conseguenze della dissoluzione dell'autonomo centro di imputazione rispetto ai rapporti attivi e passivi che a quel centro facevano capo e che siano ancora pendenti al momento della cancellazione. Si sono in particolare posti tre ordini di problemi, relativi alla gestione delle "sopravvivenze" e

<sup>(\*)</sup> Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

# Diritto societario Giurisprudenza

"sopravvenienze" passive, concernenti i debiti sociali rimasti insoddisfatti; dei rapporti processuali pendenti al momento dell'iscrizione della cancellazione della società dal registro delle imprese; nonché delle "sopravvivenze" e "sopravvenienze" attive (d'ora innanzi qui unitariamente riferite anche come "sopravvenienze" attive), ossia dei beni e dei crediti della società estinta non contemplati nel bilancio finale di liquidazione e non ripartiti tra i soci (1). È proprio nel quadro dei principi espressi in riferimento a quest'ultima problematica che si colloca il tema della sorte delle c.d. "mere pretese" e dei presupposti in presenza dei quali esse possano ritenersi implicitamente rinunciate dalla società. Nell'arco dell'ultimo decennio tale questione è stata al centro di numerosi contenziosi, dai quali sono originati precedenti tanto di merito quanto di legittimità che hanno sposato orientamenti divergenti. La situazione di assoluta incertezza giuridica che ne è scaturita ha indotto la Prima Sezione civile a chiedere l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione, come da tempo auspicato dalla dottrina. Nell'attesa della pronuncia del Supremo Collegio si vuole allora ripercorrere in questa sede l'articolato percorso giurisprudenziale che ha condotto alla presente ordinanza interlocutoria, per individuare la soluzione che, alla luce delle principali argomentazioni addotte dalla dottrina, possa dirsi più coerente rispetto al quadro normativo vigente.

## La gestione delle sopravvenienze attive e le c.d. mere pretese

L'unica norma che nell'ambito dell'unitaria disciplina dello scioglimento e liquidazione delle società di capitali si occupa della gestione delle sopravvenienze è l'art. 2495 c.c., il cui terzo comma legittima i creditori sociali rimasti insoddisfatti a seguito della cancellazione della società dal registro delle imprese a far valere i loro crediti nei confronti dei soci, come pure nei confronti dei liquidatori che siano in colpa. La norma considera dunque le sole sopravvenienze passive, nulla disponendo invece rispetto alle situazioni giuridiche attive vantate dall'estinta società (2).

L'art. 2495 c.c. è stato oggetto di un vivace dibattito dottrinale, in particolare per quanto concerne la possibilità di revocare o cancellare la cancellazione indebitamente disposta, in presenza di rapporti giuridici attivi e passivi non definiti in corso di liquidazione, o perché trascurati, o perché sopravvenuti alla cancellazione e dunque non conosciuti prima di questa. Così, pur riscontrandosi una sostanziale convergenza circa la natura costitutiva della cancellazione, si era variamente sostenuto in dottrina e in giurisprudenza, in particolare prima della riforma del diritto societario del 2003, che in caso di sopravvivenze attive o passive si potesse revocare o cancellare la cancellazione, con conseguente inefficacia ex tunc dell'estinzione, poiché avvenuta prima della conclusione della liquidazione o comunque in violazione del relativo procedimento, ex art. 2191 c.c. (3).

Al dibattito hanno posto fine le Sezioni Unite della Cassazione, che nelle tre sentenze gemelle del 2013 hanno sancito tre principi fondamentali in riferimento sia alle società di capitali che di persone, ai quali si è poi unanimemente conformata la giurisprudenza successiva (4). Nell'interpretazione delle Sezioni Unite: i) l'estinzione della società si realizza

(1) Richiamando la definizione fornita da G. Giannelli, *Art. 2495*, in *Delle società, dell'azienda, della concorrenza. Artt. 2452-2510*, a cura di D.U. Santosuosso, in *Commentario Gabrielli*, Milano, 2015, 1064, le "sopravvenienze" sono "le attività non compiutamente venute ad esistenza e che non emergono dal bilancio, rappresentando nuovi elementi patrimoniali attivi". Si distinguono dalle "sopravvivenze", le quali sono "le attività emerse dal bilancio di liquidazione che non sono state ripartite tra i soci". Analogamente F. Fimmanò, *Le Sezioni Unite pongono la "pietra tombale" sugli "effetti tombali" della cancellazione delle società di capitali*, in questa *Rivista*, 2013, 550.

Per un approfondimento di carattere generale delle problematiche relative all'estinzione delle società v. per tutti P.F. Mondini, Art. 2495, in Le società per azioni, diretto da P. Abbadessa - G.B. Portale, Milano, 2016, 2973 ss.; M. Speranzin, L'estinzione delle società di capitali in seguito alla iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese, in Riv. Società, 2004, 514 ss.; A. Zorzi, L'estinzione delle società di capitali, Milano, 2014, passim; V. Sanna, Cancellazione ed estinzione nelle società di capitali, Torino, 2013, passim; Id., Cancellazione ed estinzione delle società: un bilancio a vent'anni dalla riforma del diritto societario, in Riv. dir. civ., 2024, 174 ss.; P. Ghionni Crivelli Visconti, Le posizioni attive e passive delle società di capitali estinte ex art. 2495 c.c. tra giurisprudenza e novità legislative recenti, in Riv. dir. soc., 2024, 263 ss.

(2) Sulla responsabilità dei soci e liquidatori sancita dall'art. 2495, comma 3, c.c. v. ex multis M. Speranzin, "Responsabilità" degli ex soci e limitazione del debito, in Dalla responsabilità illimitata del debitore alle limitazioni della responsabilità e del debito. Il ruolo trainante del diritto commerciale e del diritto della navigazione, a cura di A. Antonini - M. Speranzin, Pisa, 2024, 443 ss.; E. De Chiara A. Ricciardi, L'iscrizione della cancellazione e l'estinzione della società nella giurisprudenza post riforma del diritto societario, in Giur. comm., 2022, Il, 321 ss.; R. Franceschelli, L'estinzione delle società, in Dir. prat. trib., 2024, 1145 ss.

(3) La riforma del 2003 ha contribuito al superamento dell'orientamento favorevole alla cancellazione della cancellazione grazie alle disposizioni del novellato art. 2495 c.c., il cui comma 3 chiarisce che la soddisfazione dei creditori insoddisfatti si realizza "ferma restando l'estinzione della società". La giurisprudenza ha dunque interpretato l'*incipit* della disposizione come chiara opzione del legislatore in favore dell'irreversibilità dell'estinzione. Per una sintesi dell'evoluzione del dibattito in argomento v. per tutti G. Giannelli, *Art.* 2495, cit., 1064 ss.; P.F. Mondini, *Art.* 2495, cit., 2984 ss.

(4) Ci si riferisce a Cass. Civ. 13 marzo 2013, n. 6070; Cass. Civ. 13 marzo 2013, n. 6071 e Cass. Civ. 13 marzo 2013, n. 6072 (c.d. sentenze Rordorf). Le sentenze sono state pubblicate in numerose riviste. La prima è edita ad es. in *Corr. giur.*, 2013, 691, con nota di C. Consolo - F. Godio; in questa *Rivista*, 2013, 536, con nota

in forza della cancellazione dal registro imprese, che ha natura costitutiva per le società capitalistiche e dichiarativa per le società di persone (5); ii) l'estinzione della società è irreversibile; iii) a seguito dell'estinzione della società si realizza la successione nei rapporti pendenti, sostanziali e processuali, in capo ai considerati successori universali società (6). Sulla scorta di tali principi, quindi, la persistenza di rapporti attivi e passivi al momento della cancellazione non comporta la cancellazione della cancellazione indebitamente disposta ex art. 2191 c.c., quanto piuttosto un fenomeno in senso lato successorio, in forza del quale sono i soci che subentrano nella titolarità dei rapporti facenti capo alla società estinta.

Tuttavia, mentre rispetto alle posizioni passive la soluzione elaborata dalla Cassazione è risultata complessivamente lineare, disponendo che i debiti si trasferiscono ai soci ai sensi dell'art. 2495 c.c., rispetto alla gestione delle sopravvenienze attive si è tracciata una distinzione fondamentale (7). Si è in particolare affermato il principio per cui "dal lato attivo, i diritti e i beni non compresi nel bilancio di liquidazione della società estinta si trasferiscono ai soci, in regime di contitolarità o comunione indivisa, ma non anche le mere pretese, ancorché azionate o azionabili in giudizio, né i diritti di credito ancora incerti o illiquidi la cui

inclusione in detto bilancio avrebbe richiesto un'attività ulteriore (giudiziale o extragiudiziale) il cui mancato espletamento da parte del liquidatore consente di ritenere che la società vi abbia rinunciato" (8). A partire dalle Sezioni Unite del 2013 la giurisprudenza ha quindi costantemente distinto dai diritti e beni che, quantunque non compresi nel bilancio finale di liquidazione, cadono in comunione indivisa tra i soci, le c.d. mere pretese e le posizioni attive non sufficientemente certe o liquide per poter essere iscritte in bilancio, che si avrebbero invece per rinunciate. Dalla mancata proposizione di azioni giudiziali o stragiudiziali funzionali all'accertamento o al recupero delle pretese e dei crediti incerti o illiquidi, ovvero dalla loro mancata appostazione al bilancio finale di liquidazione, la giurisprudenza ha allora costantemente dedotto un'implicita volontà di rinuncia al credito (9). Con la conseguenza che laddove le "mere pretese" siano state già azionate in giudizio, il giudice adito dovrebbe pronunciare la cessazione della materia del contendere (10).

## L'evoluzione della giurisprudenza sulla rinuncia alle mere pretese

È proprio sull'accertamento della volontà di rinuncia al credito che si attesta il punctum dolens della

di F. Fimmanò, Le Sezioni Unite pongono la "pietra tombale" sugli "effetti tombali", cit.; la seconda in Giur. it., 2013, 858, con nota di G. Cottino, La difficile estinzione della società: ancora un intervento (chiarificatore?) delle Sezioni unite, in Corr. trib., 2013, 1531, con nota di A. Iorio - L. Ambrosi, Estinzione della società e obblighi patrimoniali dei soci; la terza in questa Rivista, 2013, 594.

(5) Il punto era già stato affermato da tre precedenti pronunce coeve delle Sezioni Unite, i cui principi sono stati ripresi ed ampliati nelle sentenze del 2013. Si tratta di Cass. Civ. 22 febbraio 2010, n. 4060; Cass. Civ. 22 febbraio 2010, n. 4061 e Cass. Civ. 22 febbraio 2010, n. 4062, edite ad es. in Fall., 2010, 1403, con nota di M. Cataldo, Gli effetti della cancellazione della società per i creditori; in questa Rivista, 2010, 1010, con nota di D. Dalfino, Le Sezioni Unite e gli effetti della cancellazione della società dal Registro delle imprese.

(6) Il che peraltro non ha impedito di procedere alla cancellazione dell'iscrizione della cancellazione laddove eseguita in assenza delle condizioni prescritte dalla legge ex art. 2191 c.c. In tal senso v. ad esempio Trib. Milano 18 settembre 2015, in questa Rivista, 2016, 1107, che ha ammesso la c.d. cancellazione della cancellazione "in assenza della riconducibilità del bilancio finale di liquidazione depositato allo schema legale tipico"; analogamente Trib. Milano 28 novembre 2018, in giurisprudenzadelleimprese.it; Trib. Roma 19 aprile 2016, ivi. In senso contrario sembra invece orientato il Trib. Roma 29 agosto 2016, ivi, ove "l'esistenza di un fenomeno successorio impedisce di ravvisare ogni possibilità di procedere alla cancellazione della iscrizione di cessazione della società, una volta determinatosi l'effetto estintivo di essa". Per una rassegna della casistica giurisprudenziale tuttora favorevole alla cancellazione della cancellazione v. E. Riva Crugnola, Liquidazione, cancellazione, estinzione delle società di capitali: la posizione dei creditori sociali, casi giurisprudenziali e questioni aperte, in questa Rivista, 2015, 1247; V. Sanna,

Cancellazione ed estinzione delle società: un bilancio a vent'anni dalla riforma del diritto societario, in Riv. dir. civ., 2024, 187 ss.

(7) G. Giannelli, *Art. 2495*, cit., 1077; P.F. Mondini, *Art. 2495*, cit., 2999; E.E. Bonavera, *Cancellazione d'ufficio dell'iscrizione nel registro delle imprese della cancellazione di società*, in questa *Rivista*, 2021, 4, 416, ove ricorda i plurimi orientamenti interpretativi affermatisi rispetto alla gestione delle sopravvenienze attive, in assenza di un'espressa disposizione di legge.

(8) Così Cass. Civ. 13 marzo 2013, n. 6070 e Cass. Civ. 13 marzo 2013, n. 6071, cit. Tra la giurisprudenza di merito più recente v. Trib. Venezia 17 agosto 2023, in giurisprudenzadelleimprese.it. Il medesimo principio è richiamato altresì in riferimento alle società di persone ad es. in Cass. Civ. 9 agosto 2023, n. 24246.

(9) In arg. v. P.F. Mondini, *Art. 2495*, cit., 2999 s.; M. Speranzin, *Successione dei soci ed iscrizione nel registro delle imprese del fatto estintivo della società*, in *Corr. giur.*, 2014, 256; Id., *Estinzione delle società nella recente giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 380 ss., ove ripercorre le plurime critiche mosse in dottrina all'orientamento.

(10) La distinzione tracciata dalle Sezioni Unite tra posizioni giuridiche attive e mere pretese si ripercuote infatti anche sulla sorte dei processi pendenti. Mentre la successione dei soci nei rapporti della società estinta determina in via generale che a seguito dell'estinzione della società la legittimazione attiva e passiva si trasmette ai soci ex art. 110 c.p.c., la cancellazione comporta invece la cessazione della materia del contendere nel caso di giudizi instaurati per l'accertamento di mere pretese o di diritti incerti, che si hanno per rinunciati. In arg. v. per tutti D. Dalfino, Artt. 110-111 c.p.c., in Codice di procedura civile. Commentario, a cura di C. Consolo, I, VI ed., Milano, 2018, 1223 e già Id., "Venir meno" della società e processi pendenti, in questa Rivista, 2014, 1226 ss.; P.F. Mondini, Art. 2495, cit., 3003.

# Diritto societario Giurisprudenza

gestione di questi rapporti attivi residui. Ci si chiede in particolare se la tacita rinuncia ai crediti della società, non compresi nel bilancio finale di liquidazione, costituisca un effetto automatico della cancellazione della stessa dal registro delle imprese, ovvero se essa debba essere altrimenti provata ed accertata. Il primo orientamento affermatosi nella giurisprudenza post Sezioni Unite del 2013 e rimasto dominante all'incirca per tutto il lustro successivo, è quello che suole talvolta definirsi come "restrittivo" (11). Enunciando espressamente di aderire a quanto da quelle statuito, la giurisprudenza ha in un primo momento configurato una presunzione assoluta di rinuncia alle mere pretese, correlata all'intento abdicativo discendente dalla cancellazione. Si è in tal senso sostenuto che le mere pretese, benché azionate in giudizio, e i diritti ancora incerti o illiquidi esulano dal fenomeno successorio che in termini generali caratterizza le sopravvenienze attive e passive, affermando come di per sé sufficiente la mancata escussione dei crediti per ritenerli implicitamente rinunciati (12).

Nonostante l'orientamento sia rimasto per un certo periodo prevalente, la giurisprudenza ha in un secondo momento recepito quella tesi, già largamente sostenuta in dottrina (13), secondo la quale si dovrebbe evitare qualsiasi automatismo nell'accertamento della volontà di rinuncia al credito, che dovrebbe piuttosto emergere da comportamenti inequivocabilmente incompatibili con l'intento di avvalersene. Questo filone giurisprudenziale, inaugurato da due pronunce di legittimità del 2020 (14), ha valorizzato la valenza generale del principio dell'automatica successione dei soci nelle posizioni non

solo passive ma anche attive della società, richiedendo la prova della remissione del debito per ritenere rinunciati i rapporti eventualmente pendenti al momento della cancellazione. L'argomentazione sviluppata dalla Cassazione in questa seconda classe di precedenti si è in particolare incentrata sui requisiti della remissione del debito. Quale modo di estinzione dell'obbligazione diverso dall'adempimento, essa presuppone "che la volontà abdicativa del creditore sia espressa in modo inequivoco". Pertanto, "i crediti di una società commerciale estinta non possono ritenersi rinunciati per il solo fatto che non siano stati evidenziati nel bilancio finale di liquidazione, a meno che tale omissione non sia accompagnata da ulteriori circostanze tali da non consentire dubbi sul fatto che l'omessa appostazione in bilancio possa fondarsi su altra causa, diversa dalla volontà della società di rinunciare al credito" (15). E l'orientamento, originariamente minoritario, ha nel tempo trovato una significativa accoglienza in numerose pronunce di legittimità (16).

Il percorso seguito dalla giurisprudenza ha però registrato un ulteriore mutamento con l'affermazione di un terzo filone giurisprudenziale, ripreso nella giurisprudenza più recente, che ha nuovamente attribuito alla cancellazione un effetto presuntivamente abdicativo. Rispetto però alla prima giurisprudenza successiva alle sentenze gemelle del 2013, questi precedenti di legittimità valorizzano la rinuncia alle mere pretese come oggetto di una presunzione semplice, suscettibile di prova contraria (17). Alla stregua di tale orientamento la cancellazione della società farebbe bensì presumere la rinuncia alle posizioni attive trascurate o ancora incerte o illiquide, ma

(11) Sulla scorta dell'acuta osservazione proposta da G. Cottino, *La difficile estinzione della società*, cit., 863, che in commento a Cass. Civ. 12 marzo 2013, n. 6071, cit. osservava come tale sentenza si prestasse ad erigere "steccati restrittivi".

Amendolargne, Sopravvenienze attive, crediti non iscritti a bilancio ed estinzione della società, in Studium juris, 2021, 947, in Foro it., 2021, I, 128.

<sup>(12)</sup> In tal senso v. Cass. Civ. 17 dicembre 2012, n. 17500; Cass. Civ. 10 giugno 2014, n. 13017; Cass. Civ. 24 dicembre 2015, n. 25974; Cass. Civ. 29 luglio 2016, n. 15782, in *Quot. giur.*, 20 settembre 2016, con nota di V. Donativi, *Nessun risarcimento per la srl che si cancelli dal registro delle imprese in pendenza di giudizio*; Cass. Civ. 15 novembre 2016, n. 23269; nonché, più di recente, Cass. Civ. 19 luglio 2018, n. 19302. Nella giurisprudenza di merito v. Trib. Milano 11 gennaio 2018; Trib. Milano 14 luglio 2017, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it* e Trib. Milano 28 novembre 2018, *ivi.* 

<sup>(13)</sup> Lo osserva già A. Bertolotti, *Residui attivi non liquidati e sopravvenienze attive*, in *Giur. it.*, 2021, 1653 ss.; ld., *Le società di persone, tra liquidazione, cancellazione e residui attivi, ivi*, 2021, 2684

<sup>(14)</sup> Cass. Civ. 22 maggio 2020, n. 9464, in *www.ilcaso.it*, in *Studium juris*, 2021, 81, in *Foro it.*, 2020, I, 3530; e Cass. Civ. 31 dicembre 2020, n. 30075, in *Studium juris*, 2021, 951.

<sup>(15)</sup> Così Cass. Civ. 14 dicembre 2020, n. 28439, in questa Rivista, 2021, 6, 667, con nota di M. Costanza, Il bilancio finale di liquidazione non è eloquente; in Giur. it., 2021, 2341, con nota di V.

<sup>(16)</sup> Cass. Civ. 26 gennaio 2021, n. 1724, in *Giur. it.*, 2021, 1651, con nota di A. Bertolotti, *Residui attivi non liquidati e sopravvenienze attive, ivi*, 2022, 334, con nota di F. Rossi, *Mancata iscrizione di un credito litigioso nel bilancio societario e remissione del debito*, in questa *Rivista*, 2021, 1079, con nota di D. Manente, *Recenti sviluppi della giurisprudenza di legittimità sulla sorte dei crediti della società cancellata non iscritti nel bilancio finale di liquidazione*; in *Contratti*, 2021, 257, con nota di F. Rizzi, *La remissione tacita del debito presuppone una manifestazione di volontà inequivoca: commento a una recente pronuncia della Suprema Corte di cassazione*; Cass. Civ. 25 ottobre 2016, n. 21517; Cass. Civ. 9 febbraio 2021, n. 3136, in *Foro it.*, 2021, l, 822; Cass. Civ. 11 giugno 2019, n. 15637; Cass. Civ. 4 luglio 2018, n. 17492.

<sup>(17)</sup> In tal senso v. Cass. Civ. 17 maggio 2023, n. 21071; Cass. Civ. 26 agosto 2014, n. 18250; Cass. Civ. 6 aprile 2018, n. 8582; Cass. 9 ottobre 2018, n. 24788. Analogamente sembra orientata anche Cass. Civ. 25 marzo 2021, n. 8521, che sebbene dichiari irrilevante la sussistenza di una disarmonia nella giurisprudenza di legittimità richiede al socio di dimostrare di essere effettivamente subentrato nella posizione giuridica attiva della società estinta.

## Diritto societario Giurisprudenza

colui che voglia valersene dovrebbe essere ammesso a provare che la società non intendesse rinunciare al credito, nel quale dovrebbero quindi subentrare i soci in quanto successori della società. Rispetto all'orientamento iniziale, questa giurisprudenza si dimostra senza dubbio più flessibile, aprendo ad una prova contraria che non era altrimenti contemplata. La perdurante affermazione di una presunzione di rinuncia, tuttavia, onera il socio che voglia subentrare nella pretesa creditoria di provare che il credito non è stato rimesso. In tale scenario sono dunque i soci attori o ricorrenti in giudizio che devono dimostrare che il credito, pur incerto o illiquido al momento della cancellazione della società, non è stato implicitamente rinunciato, pena l'inammissibilità del ricorso proposto.

#### Le posizioni della dottrina: critica alla tesi della rinuncia automatica alle mere pretese

Gli orientamenti affermatisi nella giurisprudenza non sono andati esenti da critiche nella dottrina, che, già nei primi commenti successivi alle sentenze gemelle del 2013, ha sollevato diverse perplessità innanzitutto con riguardo alla tesi della presunzione assoluta di rinuncia al credito, cui sono riconducibili i primi precedenti di legittimità. Rispetto a questi la letteratura ha motivatamente evidenziato tre fondamentali criticità.

Un primo profilo di critica riguarda la difficoltà di distinguere, tra le poste attive, quali siano quelle che cadono in successione e quali invece debbano essere ascritte alle c.d. mere pretese, come tali implicitamente rinunciate. Nell'ambito di queste ultime la giurisprudenza include infatti anche quelle che siano state già azionate in giudizio. Se però il discrimen tra attivi che cadono in successione e pretese rinunciate risiede, di per sé, nel fatto che si tratti di "rapporti

giuridici 'coltivati" dal liquidatore (18), non si comprende allora perché tra queste ultime debbano includersi anche le pretese già azionate in giudizio. Il che peraltro contrasta con la sussistenza di una presunta volontà di rinuncia, essendovi, a ben vedere, un atto di esercizio del credito da parte del liquidatore. Il fatto che questi si sia attivato dovrebbe piuttosto condurre all'inclusione della pretesa tra quelle posizioni in certo qual modo "gestite" dalla società, e dunque idonee a cadere in comunione tra i soci. La critica della dottrina ha riguardato però la stessa enucleazione di una classe di mere pretese all'interno delle sopravvenienze attive, nel cui novero dovrebbero per definizione ricomprendersi tutte le posizioni non momento dell'estinzione società (19). Già all'indomani delle citate sentenze gemelle delle Sezioni Unite si è in tal senso autorevolmente definita "alquanto scricchiolante" la distinzione tra "mere pretese" e diritti pendenti in senso stretto (20).

Una seconda critica avanzata in letteratura riguarda il potenziale pregiudizio che in fatto la tesi della rinuncia automatica determina in capo ai creditori sociali (21). Questi vedrebbero diminuire la garanzia patrimoniale dei soci, a scapito delle loro ragioni creditorie, come emerge anche nella stessa ordinanza qui commentata.

È però in punto di diritto che si è mossa la terza e forse più rilevante contestazione, che muove dai requisiti richiesti ai fini della remissione del debito o della rinuncia al credito. La remissione del debito, infatti, è concepita nel nostro ordinamento come atto unilaterale del creditore di volontaria rinuncia al proprio diritto di credito, che acquista efficacia, almeno nel caso di remissione espressa, nel momento in cui la dichiarazione del creditore è portata a conoscenza del debitore ex art. 1236 c.c. (22). Quest'ultimo, tuttavia, non è costretto a subire la remissione del proprio

<sup>(18)</sup> Si riferisce testualmente al "rapporto giuridico 'coltivato' da parte del liquidatore" Trib. Roma 8 aprile 2020, in questa *Rivista*, 2020, 1339, con nota di A. Bartalena, *Assetti organizzativi e* business judgment rule.

<sup>(19)</sup> Sul punto già A.A. Dolmetta, Cancellazione della società, cit., 8, ove "quella della 'mera pretesa' (...) è nozione piuttosto vaga, nella sua stessa consistenza concettuale (...), e dai confini assai incerti. Idonea a ricomprendere nel suo seno tutti i crediti comunque litigiosi (...); a essere anzi dilatata, nello specifico contesto in discorso, sino a venire riferita a tutte le posizioni attive non iscritte nel bilancio di liquidazione".

<sup>(20)</sup> Così G. Cottino, La difficile estinzione della società: ancora un intervento (chiarificatore?) delle Sezioni unite, cit., 864, ove mette in luce il rischio insito nella distinzione tracciata dalle Sezioni Unite nel 2013 rispetto alle sopravvenienze attive, consistente nel pericolo "di svuotare di fatto di contenuto la stessa nozione di sopravvenienza. (...) Se solo quanto è certo ed accertato, e tuttavia pretermesso, consente agli ex soci di pretenderne

l'adempimento, quanto invece fosse soltanto *in fieri* o in maturazione o da accertare o accertando - e le sopravvenienze altro non sembrano essere - ricadrebbe nell'indulgenza plenaria generosamente impartita da un liquidatore distratto o briccone".

<sup>(21)</sup> In arg. v. per tutti P.F. Mondini, *Art. 2495*, cit., 2999 s.; E. Riva Crugnola, *Liquidazione, cancellazione, estinzione*, cit., 1248; A.A. Dolmetta, *Cancellazione della società e "sopravvenienza" di crediti*, in *Ilcaso.it*, 8 dicembre 2019, 8; M. Speranzin, *Estinzione delle società nella recente giurisprudenza*, cit., 381. Il che apre ad una questione che, a quanto consta, non è ancora stata analizzata dalla dottrina, ossia l'eventuale responsabilità del liquidatore per i danni derivanti dalla mancata escussione dei crediti.

<sup>(22)</sup> Si tratta di atto unilaterale recettizio secondo l'orientamento largamente maggioritario in dottrina. In arg. v. per tutti F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, II, III ed., Milano, 2015, 110 s.; C. M. Bianca, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 2019, 461 ss.; F. Rossi, *La remissione del debito*. *Artt. 1236-1240*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2019, 7 ss., ove ulteriori riferimenti.

# Diritto societario Giurisprudenza

debito, potendo anzi opporre un rifiuto esplicito alla remissione, dichiarando in un congruo termine di non volerne profittare. La remissione del debito sembrerebbe quindi presumere una comunicazione al debitore, quanto meno al fine di consentirgli l'opposizione, comunicazione che mancherebbe nel caso di mera mancanza di appostazione del credito in bilancio (23).

La remissione può però avvenire anche tacitamente, mediante la volontaria restituzione al debitore del documento dal quale risulta il credito ex art. 1237 c.c. (24), ovvero risultare da altri fatti concludenti. È quest'ultima la fattispecie più rilevante nei casi qui considerati, ove la rinuncia viene desunta dal fatto stesso di aver trascurato la pretesa, ovvero di non averla appostata a bilancio. Tuttavia, per costante orientamento non solo della dottrina ma anche della stessa giurisprudenza, la remissione del debito per facta concludentia postula la sussistenza di "circostanze concludenti e non equivoche, assolutamente incompatibili con la volontà di avvalersi del diritto di credito", non potendo invece essere presunta (25). Le manifestazioni tacite di volontà possono pertanto indursi anche da comportamenti concludenti, ma solo entro gli "stretti limiti" testé enunciati (26). L'orientamento giurisprudenziale che riconnette automaticamente la rinuncia alla cancellazione della società dal registro delle imprese è stato allora censurato per il fatto di prescindere dalla valutazione delle circostanze fattuali in cui la cancellazione è operata, affermando anzi la sussistenza di una rinuncia tacita anche in presenza di circostanze logicamente incompatibili con la volontà abdicativa (27). Emblematici sono in tal senso quei precedenti ove si dichiara la rinuncia rispetto ad una pretesa che sia già stata azionata in giudizio.

La tesi della presunzione assoluta di rinuncia è parsa altresì non convincente in letteratura sulla base dei presupposti di efficacia della rinuncia al credito, quale atto unilaterale del creditore. La rinuncia presuppone infatti una scelta consapevole del creditore, nella cui sfera giuridica esaurisce il proprio effetto (28), e postula "la consapevolezza e la volontà di operarla, e soprattutto che si abbia contezza di ciò cui si rinuncia" (29). Si è allora argomentato che non potrebbe esserci valida rinuncia del liquidatore a una posizione creditoria riferibile alla società che non fosse da egli quanto meno conosciuta. E ciò non sempre si verifica nel caso delle sopravvenienze, nell'ambito delle quali si annoverano anche quei rapporti attivi trascurati perché ignorati prima della cancellazione (30).

## Critica alla tesi della rinuncia presunta alle mere pretese

Sicuramente meno rigida appare la tesi, da ultimo riportata in auge nella giurisprudenza, della rinuncia presunta alle mere pretese, in quanto suscettibile di prova contraria. Tuttavia, configurando pur sempre un'ipotesi di remissione per fatti concludenti, essa pare esporsi alle medesime critiche in ordine alla necessità di fornire la prova degli indizi di fatto dai quali possa desumersi l'univoca volontà di rinunciare al credito, sempreché si tratti di credito conosciuto e consapevolmente non appostato a bilancio. Indici in tal senso potrebbero ritrarsi anche dalla mancata indicazione della pretesa nel bilancio finale, in cui

(23) A. Bertolotti, Residui attivi non liquidati, cit., 1654.

(24) In arg. v., per tutti, F. Rossi, *La remissione del debito*, cit., 115; G. Grisi, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in G. D'Amico - G. Grisi - G. Orlando - T. Rumi, *Le obbligazioni. L'inadempimento, le vicende, le specie*, in *Tratt. dir. priv. Mazzamuto*, IV, 2, Torino, 2024, 279; A. Calabrese, *Art. 1236*, in *Cod. civ. comm.*, a cura di M. Franzoni - R. Rolli - G. De Marzo, I, Torino, 2018, 1680; A. Zaccaria, *Art. 1237*, in *Comm. breve Cian Trabucchi*, a cura di G. Cian, XV ed., Milano, 2022, 1323.

(25) V. sul punto F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, II, cit., 110, nt. 13, ove richiama Cass. Civ. 14 luglio 2006, n. 16125; Cass. Civ. 4 ottobre 2000, n. 13169. Nella giurisprudenza più recente v. altresì Cass. Civ. 10 agosto 2023, n. 24402; Cass. Civ. 25 novembre 2021, n. 36636; Cass. Civ. 14 dicembre 2020, n. 28439, cit.; Trib. Parma 16 maggio 2022. Si noti che, secondo la dottrina che si è occupata più approfonditamente del tema, nell'interpretazione restrittiva sposata dalla giurisprudenza si radica un'emblematica applicazione del divieto di *venire contra factum proprium*, il cui fondamento è stato nel tempo ricondotto alla clausola generale di correttezza. In tal senso, la necessità di una prova univoca dell'intento abdicativo richiederebbe in ultima istanza di accertare che la condotta omissiva del creditore sia oggettivamente in contrasto con il diritto vantato, avendo ingenerato nel debitore un legittimo affidamento in ordine alla rinuncia. Per una trattazione

sistematica del tema v. per tutti G. Meruzzi, L'Exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale, Padova, 2005, 476 ss., ove ulteriori riferimenti, nonché già F. Ranieri, Rinuncia tacita e Verwirkung, Padova, 1971.

(26) P.F. Mondini, *Art. 2495*, cit., 3000. La critica è condivisa in dottrina già da A.A. Dolmetta, *Cancellazione della società*, cit., 10.

(27) In arg. già A. Zorzi, L'estinzione delle società di capitali: la sorte di "mere pretese" e "crediti illiquidi", in Giur. comm., 2015, II, 258 s.

(28) M. Costanza, Il bilancio finale di liquidazione non è eloquente, in questa Rivista, 2021, 671.

(29) Così A. Bertolotti, *Residui attivi non liquidati*, cit., 1653, ove richiama sul punto G. Cottino, *Le società di persone*, Torino-Bologna, 2019, 402 s., in part. nt. 234; A.A. Dolmetta, *Cancellazione della società*, cit., 9 s.

(30) La necessità di una consapevolezza della rinunzia emerge, sia pure in obiter, in Cass. Civ. 26 agosto 2014, n. 18250, in questa Rivista, 2014, 305, con commento di G. Cattani - e C. Caggiano, Estinzione di società e rapporti attivi pendenti: riflessioni sulla scorta della recente giurisprudenza della Suprema Corte. Sull'inammissibilità di una rinuncia a diritti di cui si ignora l'esistenza, anche ove siano ignorati dal liquidatore per trascuratezza o inerzia, v. altresì G. Guerrieri, Cancellazione della società, rinuncia alle attività e sopravvivenze attive, in Giur. comm., 2018, I, 612 ss.

a rigore dovrebbe essere iscritta apposita voce o fornita quanto meno indicazione nella nota integrativa (31). Ma la dottrina sembra concordemente orientata nel senso di negare che la mancata appostazione della relativa voce di credito possa tradursi per sé sola in una dichiarazione negoziale, atteso che, innanzitutto, la mancata appostazione di una certa voce nel bilancio può derivare dalle più diverse ragioni, non necessariamente riconducibili ad una volontà remissiva (32). Secondariamente, svolgendo il bilancio di esercizio "solo una funzione illustrativa e non costitutiva della situazione patrimoniale della società all'esito della sua liquidazione, ad esso non può attribuirsi alcun valore dispositivo, neppure implicito o indiretto in ordine ai rapporti della società in liquidazione" (33). Il bilancio potrebbe costituire al più una "traduzione (contabile) di quella volontà abdicativa, ma già altrove formatasi" (34), da valutare nel quadro di tutte le circostanze di fatto e di diritto dalle quali possa desumersi una chiara ed univoca volontà rinunciativa.

La configurazione di una presunzione di rinuncia sembra poi contrastare con i principi in tema di riparto dell'onere della prova. Ed invero, la remissione del debito, in quanto fatto estintivo dell'obbligazione, costituisce un fatto che paralizza la pretesa ed è dunque l'eccezione che può essere opposta a colui che pretenda l'adempimento (35). L'onere della prova del fatto estintivo non può che gravare sul debitore secondo l'ordinario riparto dell'onere probatorio sancito dall'art. 2697 c.c. Sarà allora il debitore convenuto a dover provare la rinuncia e non il

socio attore, che si assuma subentrato nella titolarità del credito della società estinta, a dover provare di non aver rinunciato.

## La rinuncia al credito come fatto che deve essere specificamente accertato

Mantenendo fermi i principi espressi dalle Sezioni Unite del 2013, in particolare per quanto concerne l'irreversibilità dell'estinzione dell'ente e dell'automatica successione dei soci nelle posizioni della società estinta, sembrerebbe allora da preferire, alla stregua dei rilievi qui brevemente richiamati, quell'orientamento di legittimità che nega qualsivoglia presunzione in ordine all'eventuale rinuncia ai rapporti attivi. Tale soluzione non solo non contrasta con i principi espressi dalle Sezioni Unite nel 2013, come la stessa Corte di legittimità ha in alcune occasioni sottolineato (36), ma sembra anzi valorizzarne la portata. Essa infatti generalizza il principio dell'automatica successione dei soci nelle poste attive residue, salva la prova di una tacita ma inequivoca volontà di remissione del debito (37). In linea generale, quindi, all'estinzione della società si dovrebbe determinare la successione dei soci anche nei rapporti attivi rimasti pendenti, salva la prova di una contraria volontà della società, da fornire anche mediante presunzioni purché gravi, precise e concordanti (38). Sarebbe dunque "compito del giudice di merito stabilire caso per caso se, in base alle peculiarità della fattispecie, possa desumersi ex art. 2727 c.c.

<sup>(31)</sup> La stessa ordinanza qui commentata evidenzia come anche i crediti incerti e illiquidi possano (e anzi debbano) essere iscritti al bilancio al valore di probabile realizzo. In arg. v. per tutti A. A. Dolmetta, *Cancellazione della società*, cit., 8; M. Speranzin, *Successione dei soci*, cit., 256, ove ulteriori riferimenti. Sulla necessità di considerare il bilancio finale nella sua interezza e dunque anche e soprattutto la nota integrativa, v. ad es. Trib. Roma 8 aprile 2020 che ritiene non rinunciato il credito azionato proprio grazie all'espressa indicazione in nota integrativa della volontà di proseguire l'azione tramite il socio.

<sup>(32)</sup> Si v. per tutti G. Guerrieri, *Cancellazione della società*, cit., 613, ove si evidenzia come la cancellazione operata dai liquidatori possa rispondere alle più diverse ragioni, tra cui "inerzia, trascuratezza, volontà di rimettere ai soci la decisione relativa all'esercizio di determinate pretese".

<sup>(33)</sup> M. Costanza, Il bilancio finale, cit., 671 s. Sulla funzione prettamente informativa del bilancio di esercizio v. per tutti G.E. Colombo, Il bilancio di esercizio delle società per azioni, Padova, 1965, 37, cui adde, ex multis, F. Galgano, Trattato di diritto civile, IV, III ed., Milano, 2015, 489; V. Salafia, Il bilancio d'esercizio nelle società di capitali, in questa Rivista, 2010, 938; P. Butturini, L'impugnazione del bilancio d'esercizio, in Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ., diretto da F. Galgano, XLIV, Padova, 2007, 1 ss.; G. Strampelli, L'introduzione dei Principi IAS-IFRS e gli effetti sella disciplina giuridica del bilancio di esercizio, in Obbligazioni.

Bilancio. Artt. 2410-2435-bis c.c., a cura di M. Notari - L.A. Bianchi, in Comm. Marchetti - Bianchi - Ghezzi - Notari, Milano, 2006, 335 ss.

<sup>(34)</sup> M. Costanza, Il bilancio finale, cit., 671.

<sup>(35)</sup> V., nella manualistica e per tutti, F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, IX ed., Milano, 2017, 259 e 261; C. Mandrioli - A. Carratta, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, XXIX ed., Torino, 2024, 110 ss.

<sup>(36)</sup> Si v. Cass. Civ. 14 dicembre 2020, n. 28439, cit., come pure Cass. Civ. 26 gennaio 2021, n. 1724, cit., ove si evidenzia che le Sezioni Unite "non affrontarono se non *incidenter tantum* il tema dei residui attivi o delle sopravvenienze attive: si limitarono a stabilire che la sorte di tali crediti resta affidata ad una valutazione caso per caso, fermo restando però che l'estinzione della società dà sempre vita ad un fenomeno successorio".

<sup>(37)</sup> Così già M. Speranzin, Successione dei soci ed iscrizione nel registro delle imprese, cit., 256.

<sup>(38)</sup> Alla stregua dell'orientamento affermatosi a partire da Cass. Civ. 22 maggio 2020, n. 9464, cit. e Cass. Civ. 31 dicembre 2020, n. 30075. Sull'onere della prova circa la remissione del debito v. in giurisprudenza Cass. Civ. 18 maggio 2006, n. 11749, in *Foro it.*, 2007, I, 184 ove si chiarisce che "l'eccezione di estinzione del credito per remissione rientra nel novero di quelle che devono essere proposte dalla parte, sulla quale grava pertanto l'onere di allegare e provare il fatto estintivo dell'obbligazione".

# Diritto societario Giurisprudenza

una volontà della società di rinunciare ad un determinato credito" (39).

Rimettendo l'accertamento della rinuncia ad una valutazione "caso per caso" del giudice, si potrebbe peraltro risolvere in radice il vizio di incongruenza logica insito nell'effetto abdicativo della cancellazione sancita in presenza di circostanze incompatibili con la volontà di rinunciare, come tipicamente avviene quando il liquidatore abbia già instaurato il giudizio, ancora pendente al momento della cancellazione.

L'orientamento sembra poi essere l'unico in grado di fornire una soluzione praticabile sia nei casi di cancellazione volontaria che di cancellazione d'ufficio. Sul punto appare emblematico un precedente di legittimità in cui la Cassazione si richiama in generale alla tesi della presunzione di rinuncia, ma si trova poi a dover richiedere la dimostrazione in concreto della sussistenza di una "inequivoca volontà abdicativa della società" (40). A detta della Corte, infatti, nelle ipotesi di cancellazione d'ufficio, ai sensi dell'art. 2490, u.c., c.c., non si realizza "un comportamento inequivocabilmente inteso a rinunciare a quella azione, facendo così venir meno l'oggetto stesso di una trasmissione successoria ai soci" (41). In tale precedente allora il presupposto della presunzione di rinuncia sembra essere implicitamente ricondotto alla sussistenza di un comportamento tale da far presumere l'intento abdicativo. Tale sarebbe in via generale la cancellazione volontaria, che rileverebbe però solo in quanto indice presuntivo della volontà di rinuncia, che deve essere altrimenti dimostrata.

Dal punto di vista delle conseguenze concrete tale tesi avrebbe inoltre il pregio di consentire al liquidatore di procedere alla cancellazione della società anche in pendenza di giudizi o in presenza di attivi non ripartiti, senza il timore che i crediti ancora non certi e non liquidi si abbiano per rinunciati. L'effetto presuntivamente o automaticamente abdicativo della

cancellazione avrebbe viceversa l'inconveniente pratico di indurre il liquidatore a chiedere la cancellazione della società verosimilmente solo una volta conclusosi il giudizio pendente (42).

Si deve però riconoscere che la conservazione dei rapporti attivi a prescindere dall'inclusione nel bilancio finale o addirittura dallo svolgimento di attività stragiudiziali o giudiziali volte ad accertare o a riscuotere i crediti potrebbe esporre i creditori al rischio di comportamenti opportunistici dei soci o del liquidatore. Questi infatti potrebbero essere indotti a rimandare eventuali azioni ad un momento successivo alla cancellazione per ostacolare la conoscenza dei creditori rispetto a quelle voci di attivo che venendo alla luce in un momento successivo all'estinzione dell'ente potrebbero non essere conosciute da quelli, con conseguente diminuzione della garanzia patrimoniale dei soci ex art. 2495, comma 3, c.c.

L'orientamento della Cassazione lascia inoltre aperto il dubbio in ordine al soggetto cui riferire l'accertamento della volontà abdicativa (43). Ed invero, considerato che titolare delle posizioni giuridiche attive che si trasmettono ai soci è l'ente societario, "la possibilità di rinunciarvi spetta, inevitabilmente, alla società e soltanto ad essa" (44). Non è chiaro però se la volontà della società possa essere desunta o accertata dal comportamento del liquidatore, come sembra emergere dalla giurisprudenza, o piuttosto dal contegno tenuto dai soci (45).

#### Cenni comparatistici

Va notato che in questa materia non sembra offrire supporto il raffronto con i principali ordinamenti di diritto societario. Il meccanismo di stampo successorio affermatosi nella nostra giurisprudenza sulla scorta del novellato testo dell'art. 2495 c.c. non sembra infatti trovare riscontro negli altri ordinamenti, ove la gestione delle sopravvenienze viene regolata, spesso già in via normativa, attraverso forme

<sup>(39)</sup> Cass. Civ. 14 dicembre 2020, n. 28439, cit.; Cass. Civ. 26 gennaio 2021, n. 1724, cit.

<sup>(40)</sup> Cass. Civ. 6 aprile 2018, n. 8582, cit.

<sup>(41)</sup> Cass. Civ. 6 aprile 2018, n. 8582, cit.

<sup>(42)</sup> Il che potrebbe imprigionare anche per lungo tempo risorse che i soci potrebbero invece più efficacemente investire in altre iniziative se prontamente svincolate dal patrimonio sociale. Sull'interesse alla celere smobilitazione delle risorse nel contesto statunitense v. E.T. Pivin, The Integrity of Delaware's Corporate Dissolution Statute after Territory of the United States Virgin Islands v. Goldman, Sachs & Co.: Is Extended Post-Dissolution Shareholder Liability a Necessary Component of Delaware's Corporate Dissolution Scheme, in Saint Louis University Law Journal, 2011, vol. 55, 1174.

<sup>(43)</sup> Si v. D. Manente, *Recenti sviluppi della giurisprudenza di legittimità*, cit., 1091; G. Guerrieri, *Cancellazione della società*, cit., 614 s.

<sup>(44)</sup> G. Guerrieri, op. ult. cit., 614.

<sup>(45)</sup> In tal senso G. Guerrieri, *ibidem*, per il quale la volontà di rinuncia dovrebbe essere desunta dal comportamento dei soci, atteso che è dalla loro approvazione del bilancio finale che questo diviene atto della società. Per l'a. non avrebbe alcun rilievo l'atteggiamento soggettivo dei liquidatori, che nel momento in cui redigono e depositano il bilancio "non impersonano la società e non sono quindi ontologicamente in grado di rinunciare alle posizioni giuridiche attive facenti capo al patrimonio di quest'ultima".

di riapertura o di "prolungamento" della liquidazione (46).

Così è innanzitutto orientato il diritto tedesco, ove presupposto costitutivo necessario dell'estinzione della società non è solo l'iscrizione della cancellazione nell'Handelsregister, ma anche l'effettiva conclusione della liquidazione. Laddove a seguito della cancellazione siano scoperti attivi distribuibili si può procedere ad una liquidazione supplementare ("Nachtragsliquidation"), ai sensi del par. 273, Abs. 4, AktG. In tal caso, non si assiste ad un fenomeno di reviviscenza della società estinta, ma il Tribunale delle Imprese su domanda di un legittimato può nominare un liquidatore affinché provveda alla continuazione della liquidazione sotto il controllo del Tribunale stesso (47).

Una forma di vera e propria reviviscenza della società estinta è contemplata dall'ordinamento inglese. Nel Regno Unito infatti si prevede la possibilità di una "company Restoration", per effetto della quale "si ritiene che la società abbia continuato nella sua esistenza come non fosse mai stata cancellata" (48). Sarà in particolare il giudice adito dai legittimati a dover adottare tutti i provvedimenti che si rendano necessari per garantire che la società sia trattata come se non si fosse mai estinta.

Una concezione sostanziale e non puramente formale della chiusura della liquidazione è sostenuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza anche nell'ordinamento francese. In tale contesto la personalità giuridica si estingue alla chiusura della liquidazione, di cui va data pubblicità nelle forme previste dalla legge. Tuttavia, all'estinzione non si riconosce effetto fino a che non siano liquidati tutti i diritti e le obbligazioni sociali, con la conseguenza che fino a tale momento l'estinzione non è opponibile ai creditori sociali (49). Un cenno merita infine, nel contesto statunitense, la disciplina espressamente prevista per la gestione delle sopravvenienze nella legislazione del Delaware. Ivi la liquidazione può seguire due procedure alternative, di

cui una libera e gestita dai liquidatori-amministratori e l'altra, cui si aderisce su base volontaria, gestita in via giudiziale. În entrambi i casi però l'esistenza della società è automaticamente estesa per un periodo di tre anni (o per la diversa durata stabilita dalla Court of Chancery) dal verificarsi della causa dissolutiva, al fine di liquidare la società. Il par. 278 del Subchapter X del Delaware General Corporation Law sancisce in proposito che le azioni, le cause e i procedimenti in cui sia parte la società e intentati prima o entro i tre anni dalla data di scioglimento non si estinguono in conseguenza di questo. La società può inoltre continuare ad esistere come persona giuridica, esclusivamente ai fini di tale azione, causa o procedimento, anche oltre tale periodo e comunque fino a quando le sentenze, gli ordini o i decreti in essa contenuti non siano completamente eseguiti (50).

#### Conclusione

La gestione delle sopravvenienze attive nell'ordinamento nazionale ha impegnato la giurisprudenza in uno sforzo esegetico che non ha ancora trovato soddisfazione. Si registrano anzi diversi orientamenti rispetto ai quali molto è stato detto e scritto in dottrina. Tuttavia, nel quadro della vicenda estintiva della società delineato dal codice civile vigente, come interpretato dalle sentenze gemelle delle Sezioni Unite del 2013, l'interpretazione più persuasiva pare essere quella che nega alla cancellazione valore di presunzione assoluta o relativa di rinuncia alle situazioni giuridiche attive trascurate o non appostate in bilancio.

Appare ad ogni modo chiara all'esito della presente disamina l'urgenza di un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite nella speranza che venga finalmente risolto il "nodo" dei presupposti per ritenere rinunciato il credito e che sia così garantita la certezza e soprattutto l'uniforme applicazione del diritto (51).

<sup>(46)</sup> L'argomento è stato affrontato di recente nell'intervento di P. Giudici, *L'estinzione delle società in chiave comparata*, in occasione del corso della Scuola Superiore della Magistratura, *La cancellazione delle società tra interesse dei creditori e certezza del diritto*, Scandicci, 18 novembre 2024.

<sup>(47)</sup> In arg. v. V. Sanna, *Cancellazione ed estinzione nelle società di capitali*, cit., 13 ss., ove ulteriori riferimenti.

<sup>(48)</sup> V. Sanna, op. ult. cit., 11 s.; P. Davies - S. Worthington, Gower's Principles of Modern Company Law, Xed., Londra, 2016, 1177 ss

<sup>(49)</sup> Si v. ancora V. Sanna, op. ult. cit., 17.

<sup>(50)</sup> In arg. v. E.T. Pivin, *The Integrity of Delaware's Corporate Dissolution Statute*, cit., 1185 s.

<sup>(51)</sup> Cfr. E. De Sabato, Cancellazione dal Registro delle Imprese, estinzione ed effetti su rapporti giuridici sostanziali e processuali, in Giur. comm., 2013, II, 619 ove definisce "un nodo che non sembra completamente risolto" la questione relativa alle modalità con cui individuare quando possa dirsi che il liquidatore abbia rinunciato a posizioni creditorie e azioni processuali.

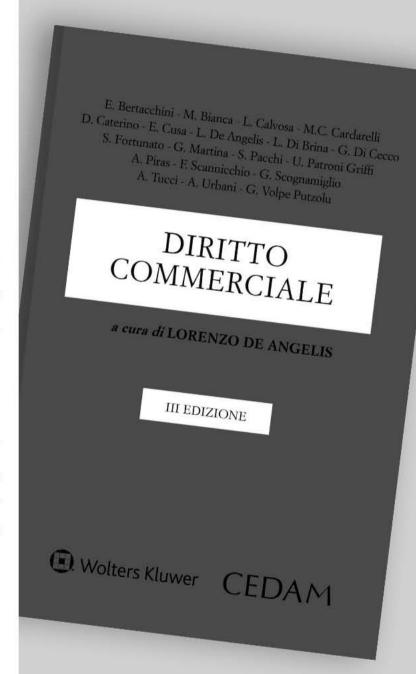
# DIRITTO COMMERCIALE

## a cura di Lorenzo De Angelis

#### Terza edizione

L'opera redatta con la collaborazione di alcuni fra i più prestigiosi studiosi del diritto dell'impresa e delle società, è giunta alla terza edizione aggiornata fino alle più recenti innovazioni legislative.

È destinata alle Università e agli esercenti le professioni legali (magistrati, notai, avvocati, commercialisti) per l'approfondimento e l'adeguamento delle loro conoscenze giuridiche.



#### Partecipazioni sociali

Cassazione Civile, Sez. I, 26 febbraio 2024, n. 5053 - Pres. M. Di Marzio - Rel. P. Fraulini - Clementi Group Hotels S.r.I. c. La Braghina Società Agricola S.a.s. di F. O. & C.

Società - Società a responsabilità limitata - Trasferimento di partecipazioni sociali - Oggetto del contratto - Qualità essenziali

(Cod. civ. artt. 1375, 1429, 1489, 1497, 2470)

Il trasferimento delle quote di S.r.l. ha come oggetto immediato la partecipazione sociale e come oggetto solo mediato la quota parte del patrimonio sociale che essa partecipazione rappresenta. Le carenze o i vizi relative alle caratteristiche e ai valori dei beni ricompresi nel patrimonio sociale possono giustificare la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo pattuito solo se il cedente abbia fornito specifiche garanzie contrattuali.

#### La Corte (omissis).

1. Il ricorso lamenta: "Violazione e/o falsa applicazione di norme di diritto ai sensi dell'art. 360 comma 1 n. 3 c.p.c.: applicabilità dell'art. 1497 c.c. e della disciplina della vendita di *aliud pro alio* al contratto di cessione di quote sociali anche in assenza di specifica garanzia.", deducendo che i beni compresi nel patrimonio della società non possono essere considerati del tutto estranei all'oggetto del contratto di cessione di azioni o di quote di una società di capitali, non solo nell'ipotesi in cui le parti abbiano fatto specifico riferimento, mediante la previsione di specifiche garanzie contrattuali, ma anche quando l'affidamento del cessionario circa la ricorrenza di tali requisiti debba ritenersi giustificato alla stregua del principio di buona fede. 2. Il ricorso non è fondato.

3. Osserva la Corte che un proprio primo indirizzo, prevalente (Cass. n. 26690/06; id. 16031/07; 17948/12, 16963/14 e, da ultimo, 7183/19), afferma che la cessione delle azioni di una società di capitali ha come oggetto immediato la partecipazione sociale e solo quale oggetto mediato la quota parte del patrimonio sociale che tale partecipazione rappresenta. Pertanto, le carenze o i vizi relativi alle caratteristiche e al valore dei beni ricompresi nel patrimonio sociale e, di conseguenza, alla consistenza economica della partecipazione possono giustificare la sua risoluzione o la riduzione del prezzo pattuito solo se il cedente abbia fornito, a tale riguardo, specifiche garanzie contrattuali.

Tale interpretazione si fonda sull'individuazione dell'oggetto del negozio di modificazione della partecipazione sociale. Un bene, la partecipazione sociale, che attribuisce al titolare diritti amministrativi e diritti patrimoniali da esercitare nella società per effetto dell'acquisizione della qualità di socio. Un bene, la partecipazione sociale, che non si limita, quindi, ad attribuire al socio diritti patrimoniali parametrati al valore del patrimonio della società, ma che, in relazione a ciascun tipo societario prescelto, attribuisce anche diritti amministrativi, che consentono al socio di partecipare alla vita della società, esercitando tutte le facoltà concesse dalla legge e dallo statuto, rispetto alle quali l'aspettativa di redditività connessa all'esercizio dei diritti patrimoniali costituisce non piche un aspetto

del complessivo status di socio. rilevato che l'assetto patrimoniale del valore della partecipazione, in quanto corrispondente all'esercizio dei diritti patrimoniali spettanti al socio, è solo una parte dell'utilità che l'acquirente della partecipazione riceve per effetto del suo acquisto. Lo status di socio attribuisce, quindi, diritti più ampi e ulteriori rispetto a quelli legati al concorso alla distribuzione degli utili, ipotesi nella quale potrebbe sussistere un interesse ad attribuire sempre e comunque rilevanza all'effettivo valore dei beni che costituiscono il patrimonio della società, in dipendenza di vizi che ne diminuiscano il valore, con conseguente ammissibilità delle azioni contrattuali a difesa dell'effettivo valore del bene mediato, in assenza di specifiche garanzie.

La Corte è a conoscenza dell'esistenza di un proprio diverso orientamento, minoritario (Sez. 1, Sentenza n. 18181 del 09/09/2004; conforme la più recente Sez. 6-2, Ordinanza n. 22790 del 12/09/2019), secondo cui le azioni (e le quote) delle società di capitali costituiscono beni di "secondo grado", in quanto non sono del tutto distinti e separati da quelli compresi nel patrimonio sociale, e sono rappresentative delle posizioni giuridiche spettanti ai soci in ordine alla gestione ed alla utilizzazione di detti beni, funzionalmente destinati all'esercizio dell'attività sociale. Tale orientamento evidenzia che le azioni esperibili a tutela dell'effettivo valore della partecipazione discendono da un'applicazione del generale canone di buona fede, ma che esse sono limitate alle ipotesi in cui la differenza tra l'effettiva consistenza quantitativa del patrimonio sociale rispetto a quella indicata nel contratto, incida sulla solidità economica e sulla produttività della società, e quindi sul valore delle azioni o delle quote, potendo per tale via integrare una mancanza delle qualità essenziali della cosa, ovvero essere indizio del fatto che i beni confluiti nel patrimonio siano assolutamente privi della capacità funzionale a soddisfare i bisogni dell'acquirente, quindi "radicalmente diversi" da quelli pattuiti. Ipotesi che, come ognun vede, sono da qualificarsi come radicali e riconducibili all'effettiva insussistenza del valore indicato nella quota di partecipazione compravenduta. Ipotesi, tuttavia, che nella presente controversia potrebbero trovare applicazione solo se la ricorrente avesse specificamente indicato a questa Corte le circostanze

# Diritto societario Giurisprudenza

allegate e dimostrate in giudizio idonee a far ritenere sussistente un rapporto di diretta causalità tra il valore della quota stimato nell'atto di cessione e la mancanza di determinati beni, o di determinate utilizzazioni dei ridetti beni facenti parte del patrimonio societario, tali da far venire meno la correttezza del valore attribuito alla partecipazione. Il ricorso, invece, si limita (alle pagine da 10 a 12) a dare "per scontato" che tali circostanze identificative

del danno e della sua incidenza causale sulla valutazione della quota siano state fornite, senza osservare peri requisiti minimi per garantire l'autosufficienza della censura. Da tanto consegue che, non risultando ammissibile il ricorso nella parte in cui sarebbe invocabile la giurisprudenza minoritaria di questa Corte, la questione di diritto non può essere affrontata e risolta in questa sede. (omissis).

#### Contratto di acquisizione di società e tutela dell'acquirente

di Marco Speranzin e Andrea Tina (\*)

Il provvedimento ripercorre i due orientamenti della Cassazione (quello decisamente maggioritario e quello minoritario) in materia di oggetto della compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente, con alcuni originali (e a tratti discutibili) considerazioni sulla possibile composizione dei due orientamenti.

The Italian Supreme Court decides on share deal and buyer's protection. The ruling raises some questions about how to address the issue in the case the agreement does not provide representations and warranties clauses.

#### Il caso e l'ordinanza in commento

Esattamente dieci anni dopo un importante progetto di legge italiano in materia (1) e la fondamentale decisione sul tema delle clausole di garanzia (2), la Suprema Corte si è occupata, con un'interessante pronuncia, del trasferimento delle partecipazioni sociali, in questo caso "non convenzionalmente garantito", peraltro in corrispondenza con la presentazione di un importante disegno di legge in materia di acquisizioni, questa volta in discussione in Germania (3).

Un'ordinanza, quella in commento, che, a nostro parere, merita un esame per alcuni aspetti di originalità, anche se non si possono non sottolineare altrettanti profili di ambiguità, che in generale, ma particolarmente nella materia *de qua*, devono essere assolutamente evitati.

Nel caso in oggetto, una società proponeva un'azione innanzi al Tribunale delle imprese di Trieste nei confronti di una s.a.s. (e del suo socio accomandatario) sollevando alcune contestazioni relative ad un contratto di compravendita del cento per cento delle

quote di una s.r.l. titolare di un hotel, ed in particolare chiedeva la riduzione del prezzo ed il risarcimento del danno ex art. 1489 c.c. a causa di irregolarità urbanistiche ed edilizie e la conseguente impossibilità di continuare ad utilizzare l'area adiacente all'hotel quale parcheggio; in subordine l'attrice chiedeva il solo risarcimento del danno per consegna di aliud pro alio

Il Tribunale di Trieste ha rigettato l'azione, ritenendo che le domande proposte riguardassero le qualità dei beni ricompresi nel patrimonio societario, nell'ambito di un trasferimento di quote sprovvisto di clausole di garanzia specifiche (e, quindi, appunto, non convenzionalmente garantito), con la conseguenza che le domande dell'attrice dovessero ritenersi precluse, più che infondate, in considerazione dell'orientamento prevalente in materia di cessione della partecipazione di controllo (4).

La Corte d'Appello, in continuità con la decisione di primo grado, respingeva il gravame proposto dall'attrice in primo grado, ritenendo, nuovamente, le

<sup>(\*)</sup> Il contributo è stato inviato, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

<sup>(1)</sup> V. M. Speranzin - A. Tina, *Una recente proposta legislativa in tema di trasferimento di aziende e di partecipazioni sociali*, in questa *Rivista*, 2014, 261 ss.

<sup>(2)</sup> Cass. Civ. 24 luglio 2014, n. 16963, la quale ha chiarito che la qualificazione delle clausole di garanzia relative al patrimonio

sociale (e inserite dalle parti nei contratti di acquisizione) non rientra in quella di promesse di qualità ai sensi dell'art. 1497 c.c.

<sup>(3)</sup> Sul progetto presentato dall'Arbeitgruppe zur Kodifizierung des Unternehmenskaufs, che non può essere in questa sede esaminato (si tratta di 107 pagine di proposte), v. per un primo commento S. Korch, Kodifizierung des Unternehmenskaufs?, in GmbHR, 2024, R244 ss.

<sup>(4)</sup> Trib. Trieste 16 ottobre 2019, Rel. Picciotto.

## Diritto societario Giurisprudenza

domande proposte precluse dalla mancanza di clausole di garanzia specifiche in merito alla pretesa destinazione urbanistica del terreno compreso nel patrimonio sociale (5).

La società soccombente ricorre dunque in Cassazione sostenendo, con un unico motivo, che vi sia stata violazione e/o falsa applicazione delle norme di diritto in quanto i beni ricompresi nel patrimonio sociale - alla luce di un orientamento della Corte di legittimità - non possono considerarsi "del tutto estranei" all'oggetto del contratto di trasferimento delle partecipazioni sociali sulla base del principio di buona fede, che giustifica l'affidamento del cessionario su determinate caratteristiche del patrimonio stesso.

La Suprema Corte rigetta il ricorso, attraverso una motivazione che, in primo luogo (v. il par. successivo) riporta l'orientamento definito prevalente della stessa Cassazione, ed accolto nel caso di specie dal Tribunale e dalla Corte d'Appello, relativo all'oggetto del contratto di trasferimento delle partecipazioni sociali; in secondo luogo (v. il terzo paragrafo) evidenzia l'esistenza di un secondo orientamento, qualificato come minoritario, che potrebbe supportare in astratto il ricorso proposto; infine, ritiene il ricorso inammissibile, in quanto non autosufficiente: in esso non sarebbero contenute le indicazioni relative alle circostanze idonee a supportare l'eventuale scelta della Corte di seguire l'orientamento minoritario.

Interessante notare che la contrapposizione tra i due indirizzi della Cassazione è stata successivamente riproposta in una sentenza successiva, questa volta della seconda sezione (6), circostanza che rende a maggior ragione interessante valutare quali possano essere le osservazioni ai due orientamenti esposti.

#### L'orientamento prevalente

La prima parte della motivazione risulta, a prima vista, scontata nel riproporre il tradizionale (e, appunto, definito prevalente) orientamento della Cassazione, seguito a quanto consta dai Tribunali delle imprese, secondo cui nel caso di trasferimento di partecipazioni sociali le carenze o i vizi del patrimonio possono rilevare, dal punto di vista delle azioni a tutela dell'acquirente, solo qualora il cedente abbia rilasciato specifiche garanzie contrattuali, le ben note clausole di rappresentazione e garanzia (7), oppure la sentenza non lo specifica, ma risulta pacifico qualora possa riscontrarsi un comportamento doloso del venditore, comportamento avente certe caratteristiche tenendo conto della natura dei contraenti. Questa parte dell'argomentazione (come anche quella che verrà esaminata al paragrafo successivo) presenta, tuttavia, profili di ambiguità, per ciò che successivamente, ossia nel paragrafo immediatamente seguente della sentenza, viene sottolineato: ossia che la partecipazione sociale attribuisce un insieme di diritti sia amministrativi che patrimoniali, rispetto ai quali assumono rilievo da un lato il valore della quota e l'aspettativa di redditività della stessa; d'altro lato ulteriori utilità, collegate all'esercizio dei diritti di partecipazione alla vita della società. Da ciò (ossia da questo contenuto composito, patrimoniale e amministrativo) deriverebbe, sempre secondo l'ordinanza, l'interesse del compratore ad attribuire rilevanza al valore dei beni che costituiscono il patrimonio della società, con conseguente ammissibilità delle azioni contrattuali a difesa dell'effettivo valore del bene mediato, anche in assenza di specifiche garanzie.

L'ultima parte della motivazione appena riportata, asseritamente a supporto della tesi prevalente, e riportata anche in una successiva sentenza della Cassazione del 2024 (8), risulta di incerta decifrazione da due punti di vista.

In primo luogo, non è chiaro a cosa la Corte si riferisca nel momento in cui evidenzia che i diritti amministrativi conferiscono al socio ulteriori utilità rispetto a quelli patrimoniali, tali da attribuire, in ipotesi, giuridica rilevanza all'effettivo valore dei beni che costituiscono il patrimonio della società. Forse il passaggio argomentativo intendeva alludere ad una

(8) La già citata Cass. Civ. 18 luglio 2024, n. 19833.

<sup>(5)</sup> App. Trieste 28 luglio 2021, Rel. Berardi.

<sup>(6)</sup> Cass. Civ. 18 luglio 2024, n. 19833, sentenza relativa ai giudizi di primo e secondo grado che erano stati commentati in Speranzin, Compravendita "non convenzionalmente garantita" di partecipazioni sociali di "controllo", in Giur. comm., 2019, l, 468 ss

<sup>(7)</sup> La sentenza cita quali decisioni a supporto dell'orientamento prevalente le due sentenze del 2006 e 2007 che hanno consolidato tale posizione (v. Cass. Civ. 13 dicembre 2006, n. 26690 e Cass. Civ. 19 luglio 2007, n. 16031); la sentenza del 2014 in materia di qualificazione delle clausole di garanzia (la n. 16963) già ricordata; infine Cass. Civ. 13 marzo 2019, n. 7183. A queste

decisioni possono aggiungersi, secondo Cass. Civ. 18 luglio 2024, n. 19833, anche la sentenza Cass. Civ. 22 agosto 2019, n. 21590, nonché quella in commento.

Nella giurisprudenza di merito più recente v., tra le molte, Trib. Milano 23 luglio 2014; Trib. Roma 19 giugno 2017; Trib. Milano 3 luglio 2017; Trib. Roma 12 ottobre 2017; Trib. Torino 21 febbraio 2018; Trib. Milano 29 giugno 2018; Trib. Milano 10 ottobre 2018; Trib. Milano 11 dicembre 2018; Trib. Roma 20 maggio 2019; Trib. Milano 29 settembre 2020; Trib. Milano 1° dicembre 2021; Trib. Milano 26 aprile 2022, Trib. Venezia 20 giugno 2023; Trib. Milano 25 gennaio 2024, tutte in <a href="https://www.giurisprudenzadelleimprese.it">www.giurisprudenzadelleimprese.it</a>.

# Diritto societario Giurisprudenza

possibile rilevanza del potere di controllo societario; ma si tratta di ragionamento che la Corte, al fine di evitare incertezze, avrebbe dovuto chiarire e sviluppare, vista la sua potenziale rilevanza.

In secondo luogo, non è chiaro perché in tale caso (ossia di rilevanza, nel trasferimento delle partecipazioni sociali, dei diritti amministrativi) spetterebbe al compratore un'azione a difesa dell'effettivo valore del patrimonio sociale anche in assenza di specifiche garanzie: se una differente consistenza dei diritti amministrativi e patrimoniali del socio può incidere sul valore delle partecipazioni trasferite, un differente valore dei beni ricompresi nel patrimonio sociale non incide necessariamente sui diritti amministrativi e patrimoniali connessi allo status socii (amplius infra). Come è stato più volte osservato (9), e come risulta dalla prassi internazionale delle acquisizioni, il diritto sulla partecipazione - i.e., l'oggetto (immediato) del contratto di compravendita (art. 1470 c.c.) - si traduce "in un diritto sulla "posizione" di socio in relazione ai diritti e poteri derivanti da detta posizione" (10), con la conseguenza che il trasferimento delle partecipazioni determina l'acquisto di quell'insieme di situazioni giuridiche attive e passive che costituisce, appunto, il c.d. status socii, l'unico oggetto possibile sul piano giuridico-formale del contratto di compravendita, e l'unico che giustifica la possibile applicazione delle garanzie legali e degli altri strumenti di tutela dell'acquirente (11), seppure adattati al particolare oggetto del contratto.

In particolare nelle società di capitali, il socio in quanto tale non ha un diritto di alcun tipo sui beni sociali, la cui disponibilità, rientrando nella gestione del patrimonio, è attribuita all'organo amministrativo (v. artt. 2380-bis e 2475 c.c.). Così come il socio non può, di norma, incidere sulle decisioni

dell'organo amministrativo in merito all'impiego o anche alla dismissione di uno o più beni sociali (e, quindi, in definitiva sulla gestione del patrimonio sociale), allo stesso modo, quale socio-acquirente, non può vantare "posizioni giuridiche" in ordine all'utilizzazione dei beni sociali, ma solo la spettanza del potere di concorrere alla nomina dei gestori, dovendosi, pertanto, escludere un affidamento, giuridicamente tutelato, dello stesso socio-acquirente su una determinata consistenza del patrimonio sociale, in assenza di specifici impegni assunti in tal senso dal socio-alienante.

Da ciò consegue, se le osservazioni sopra esposte sono corrette, che non vi sono azioni *ex lege* che possano essere incentrate sul valore del patrimonio sociale, al di fuori dei casi che possono determinare un vizio o difetto di qualità (o, come era stato anche proposto nell'azione avanti al Tribunale di Trieste nel caso di specie, una mancanza di vantaggi promessi *ex* art. 1489 c.c.) della stessa *partecipazione sociale* (12).

#### L'orientamento minoritario

L'ordinanza, tuttavia, dà conto anche del differente orientamento della stessa Corte - definito minoritario - secondo cui "le azioni (e le quote) della società di capitali costituiscono beni di 'secondo grado', in quanto non sono del tutto distinti e separati da quelli compresi nel patrimonio sociale, e sono rappresentative delle posizioni giuridiche spettanti ai soci in ordine alla gestione ed alla utilizzazione di detti beni, funzionalmente destinati all'esercizio dell'attività sociale". La Suprema Corte si riferisce a posizioni che risalgono agli anni trenta del secolo scorso (13) e che successivamente hanno avuto qualche limitato (e criticato) seguito (14), a fronte del già richiamato

2000, n. 2059; Cass. Civ. 20 febbraio 2004, n. 3370; Cass. Civ. 9 settembre 2004, n. 18181 (in quest'ultimo peculiare caso si trattava del trasferimento di partecipazioni di una società in stato di insolvenza); Cass. Civ. 12 settembre 2019, n. 22790 (anche in questa vicenda si trattava del trasferimento di partecipazioni in una società successivamente fallita). Nella giurisprudenza di merito v. App. Cagliari 26 settembre 2016, in Riv. giur. sarda, 2018, 175 ss. (caso su cui si è di recente pronunciata Cass. Civ. 18 luglio 2024, n. 19833), e Trib. Lucca 10 luglio 2015, in Giur. comm., 2017, II, 400. Non pare, invece, ascrivibile al menzionato orientamento - contrariamente a quanto talvolta si legge, anche nella recente Cass. Civ. 18 luglio 2024, n. 19833, la quale addirittura considera le due posizioni della Suprema Corte discusse nel testo non in contrasto tra loro - Cass. Civ. 28 marzo 1996, n. 2843, la quale estende l'applicazione dell'art. 1497 c.c. alla vendita di partecipazioni sociali nel caso in cui "vi sia stata da parte del cedente una specifica promessa circa la consistenza economica e patrimoniale della società della cui quote si tratta", e quindi nel caso di compravendita di partecipazioni sociali convenzionalmente garantita, e non priva di clausole di garanzia.

<sup>(9)</sup> Per tutti v. già G. Ferri, Incidenza delle obbligazioni sociali nei rapporti fra cedente e cessionario di quota sociale, in Foro it., 1936, I, 718; più di recente, sia consentito rinviare ai lavori monografici: Speranzin, Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali, Milano, 2006, 10 s. e nt. 15; Tina, Il contratto di acquisizione, Milano, 2007, 170 ss.

<sup>(10)</sup> Così Ascarelli, Riflessioni in tema di titoli azionari, personalità giuridica e società tra società, in Banca, borsa, tit. cred., 1952, I, 389.

<sup>(11)</sup> Tina, Il contratto di acquisizione, cit., 177.

<sup>(12)</sup> Per alcuni riferimenti alla casistica relativa ai vizi o ai difetti di qualità della partecipazione sociale, e non (solo) del patrimonio, v. Speranzin, Compravendita "non convenzionalmente garantita" di partecipazioni sociali di "controllo", cit., 477 ss.

<sup>(13)</sup> Ci si riferisce al noto caso Raggio deciso da Cass. Civ. 27 luglio 1933, in *Riv. dir. comm.*, 1935, II, 121; v. anche App. Milano 1° maggio 1934, *ivi*, 122; App. Roma 21 luglio 1933, *ivi*, 121.

<sup>(14)</sup> Una certa rilevanza delle caratteristiche del patrimonio sociale - pur con argomentazioni non sempre coincidenti - è stata riconosciuta, a quanto consta, da Cass. Civ. 23 febbraio

## Diritto societario Giurisprudenza

orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità, ribadito in forma quasi costante da quella di merito dei tribunali delle imprese, circa la netta distinzione sul piano giuridico tra trasferimento dei beni sociali e cessione delle partecipazioni (totalitarie o rilevanti) della stessa società.

La Cassazione non prende, tuttavia, posizione tra quest'orientamento - pur considerato giurisprudenza minoritaria, e molto di rado seguito dai Tribunali delle imprese - e l'indirizzo ritenuto prevalente, in quanto, come si ricordava, la questione di diritto non può essere affrontata poiché nella parte in cui ne invoca l'applicazione il ricorso non è ammissibile. La Corte evidenzia, infatti, che a tal fine il ricorrente avrebbe - quanto meno - dovuto indicare "le circostanze allegate e dimostrate in giudizio idonee a far ritenere sussistente un rapporto di diretta causalità tra il valore della quota stimato nell'atto di cessione e la mancanza di determinati beni, o di determinate utilizzazioni dei ridetti beni facenti parte del patrimonio societario, e tali da far venire meno la correttezza del valore attribuito alla partecipazione". Il ricorso - prosegue la Suprema Corte - si limita, invece, a dare per scontato che "tali circostanze identificative del danno e della sua incidenza causale sulla valutazione della quota siano state fornite, senza osservare però i requisiti minimi per garantire l'autosufficienza della censura".

Effettivamente, sulla base della ricostruzione dello svolgimento del processo che si ha modo di leggere nell'ordinanza, nel ricorso presentato non paiono specificamente indicate le circostanze in fatto che, secondo la società ricorrente, avrebbero dovuto giustificare, "alla stregua del principio di buona fede", l'affidamento del cessionario circa la ricorrenza di determinate caratteristiche o qualità dei beni sociali, posto a fondamento del motivo di ricorso; circostanze che, con tutta probabilità, sono connesse o collegate al terreno adibito a parcheggio pertinenziale dell'hotel di proprietà della società *target*, di cui la ricorrente aveva acquistato il cento per cento delle quote sociali.

Ciò premesso, sebbene, come anticipato, l'ordinanza non prenda - neppure indirettamente - posizione sulla questione evidenziata, dà comunque atto del rilievo della tesi secondo cui "le azioni esperibili a tutela dell'effettivo valore della partecipazione discendono da un'applicazione del generale canone di buona fede, ma (...) esse sono limitate alla ipotesi in cui la differenza tra l'effettiva consistenza quantitativa del patrimonio sociale rispetto a quella indicata nel contratto, incida sulla solidità economica e sulla produttività della società, e quindi sul valore delle azioni o delle quote, potendo per tale via integrare una mancanza delle qualità essenziali della cosa, ovvero essere indizio del fatto che i beni confluiti nel patrimonio siano assolutamente privi della capacità funzionale a soddisfare i bisogni dell'acquirente, quindi 'radicalmente diversi' da quelli pattuiti".

Si tratta di una tesi che determina, a nostro parere, grosse perplessità.

Da un lato, il reiterato rilievo secondo cui le azioni (e le quote) della società costituiscono beni di secondo grado, in quanto non sono del tutto distinti e separati dai beni ricompresi nel patrimonio sociale, "e sono rappresentative delle posizioni giuridiche spettanti ai soci in ordine alla gestione ed alla utilizzazione di detti beni, funzionalmente destinati all'esercizio dell'attività sociale", non tiene conto della già ricordata circostanza per cui il socio (in particolare di società di capitali) non ha posizioni giuridiche direttamente inerenti alla gestione ed alla utilizzazione dei beni sociali, per cui né formalmente, né sostanzialmente il trasferimento di partecipazioni può riferirsi ai beni ricompresi nel patrimonio della società. La ricostruzione (meramente descrittiva) delle azioni come beni di secondo grado non è dunque idonea a superare il rilievo per cui il diritto sulla partecipazione si traduce unicamente "in un diritto sulla 'posizione' di socio in relazione ai diritti e poteri derivanti da detta posizione" (15).

Dall'altro lato, anche volendo concedere che l'art. 1497 c.c. si applichi al trasferimento di diritti non aventi riferimento a cose in senso materiale (16), e a prescindere dall'attualità o meno della distinzione tra vizi e difetti di qualità (17), non è, in ogni caso, possibile riconoscere una qualità essenziale delle partecipazioni nella consistenza patrimoniale della società, osservando che la differenza tra l'effettiva consistenza quantitativa del patrimonio sociale

<sup>(15)</sup> Secondo la definizione già sopra ricordata di Ascarelli, *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Problemi giuridici*, Milano, 1959, I, 262 ss., il quale aggiungeva (a nt. 21) che la vendita di un pacchetto azionario non può essere assoggettata alla stessa disciplina applicabile alla vendita dei beni della società, ferma restando la possibile rilevanza a livello interpretativo della circostanza.

<sup>(16)</sup> Come ritenuto, con riferimento alla vendita di partecipazioni sociali, dalla sentenza Cass. Civ. 28 marzo 1996, n. 2843, ma

molto discusso in dottrina: v. Speranzin, Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali, cit., 82 ss.; Trimarchi, Le garanzie contrattuali nell'acquisto di partecipazioni sociali, in Studi in onore di G. De Nova, Milano, 2015, 3037 ss.

<sup>(17)</sup> V. di recente, per una decisa svalutazione della distinzione, Cass. Civ. 16 febbraio 2024, n. 4245, in *Giur. it.*, 2024, 1818 ss., con nota di E. Gabrielli, Aliud pro alio *nei negozi giuridici, vizi dell'attribuzione traslativa e sistema dei rimedi contrattuali.* 

rispetto a quella indicata nel contratto incide "sulla solidità economica e sulla produttività della società" e, in definitiva, "sul valore delle azioni o delle quote" (18). Ferma restando la considerazione per cui non ogni riduzione patrimoniale è idonea ad alterare la capacità produttiva della società, l'orientamento c.d. minoritario sovrappone impropriamente i distinti concetti di "valore" e "qualità" delle partecipazioni, contraddicendo - ci sembra i risultati raggiunti (anche) dalla stessa Suprema Corte circa l'irrilevanza di ogni difformità del valore effettivo del bene trasferito ai fini dell'annullamento del contratto di cessione per errore ex art. 1429 c.c. (19); errore che - oltre a dover essere "riconoscibile" (art. 1428 c.c.) (20) - può qualificarsi essenziale e causa di annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1429, n. 2, c.c. soltanto quando ricade su qualità intrinseche o sulla stessa identità dell'oggetto della prestazione (21).

Appare, quindi, contraddittorio escludere che la differenza di valore costituisca una qualità della cosa ai fini dell'annullamento del contratto per errore essenziale ex art. 1429 c.c. e, al contempo, riconoscervi una mancanza di qualità essenziale rilevante ai sensi dell'art. 1497 c.c. (22), come indirettamente confermato dalla stessa Cassazione, che, proprio con

riferimento specifico alle partecipazioni societarie, ha più volte escluso che un eventuale errore di mera valutazione del compratore sul valore delle azioni o quote trasferite possa determinare l'annullamento del contratto (23).

Qualità della cosa è certamente "tutto ciò che ne possa consentire un migliore e più redditizio godimento" (24); ma ciò non implica necessariamente che "la solidità dell'impresa sociale, riflettendosi sul valore e sulla redditività della quota, costituisca una qualità (eventualmente promessa da parte del venditore) di tale quota" (25). Le qualità essenziali per l'uso cui è destinato il bene e quelle promesse ai sensi dell'art. 1497, comma 1, c.c. possono sì influire sul valore del bene trasferito; ma non ogni previsione, fattore o elemento, che incide, in thesi, sul valore del bene, può essere considerato, per ciò solo, qualità della cosa venduta. Proprio l'estrema varietà degli "elementi interni ed esterni" (26), potenzialmente rilevanti ai fini della determinazione del valore delle partecipazioni, "impedisce di inserire il valore economico dell'azione nell'ambito delle sue qualità nel senso di cui all'art. 1429 c.c." (27) e allo stesso modo, deve ritenersi, nell'ambito delle qualità contemplate dall'art. 1497, comma 1, c.c. (28).

(18) Così Cass. Civ. 12 settembre 2019, n. 22790. Ma v. già Cass. Civ. 9 settembre 2004, n. 18181.

(19) Cfr. per tutte Cass. Civ. 3 aprile 2003, n. 5139, in *Foro it.*, 2003, I, 3047; Cass. Civ. 12 giugno 2008, n. 15706; Cass. Civ. 27 novembre 2012, n. 21094; Cass. Civ. 12 novembre 2018, n. 29010, in *Mass. Giust. civ.*, 2018.

(20) Con quanto ne consegue sulla rilevanza delle valutazioni soggettive dell'acquirente.

(21) Si esclude, in altre parole, che nel caso in esame possa trattarsi di errore sulla natura del contratto (compravendita) e sull'oggetto (partecipazioni) del contratto (art. 1429, n. 1, c.c.); di errore "sulla identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente" (art. 1429, n. 3, c.c.); o, ancora, di errore di diritto (art. 1429, n. 4, c.c.).

(22) Sulla connessione tra qualità rilevanti ai sensi degli artt. 1429 e 1497 c.c. - ovvero sulla mancanza di qualità quale elemento (astrattamente) integrante la fattispecie prevista dell'art. 1429, n. 2, c.c. e, al contempo, dell'art. 1497 c.c. - cfr. C.M. Bianca, La vendita e la permuta, in Tratt. dir. civ. it., fondato da Vassalli, VII, 1\*\*, Torino, 1993, 1056 s.; Rubino, La compravendita, in Trattato di dir. civ. e comm., diretto da Cicu-Messineo, XXIII, Milano, 1962, 906. In particolare, dando rilievo ad un'interpretazione anche soggettiva dell'idea di "essenzialità" ex artt. 1428 e 1429 c.c. (v. Sacco [-De Nova], Obbligazioni e contratti, II, in Tratt. dir. priv., diretto da P. Rescigno, Torino, 2018, 202 s.), si ravvisa una piena coincidenza tra le qualità di cui all'art. 1429, n. 2, c.c. e quelle previste dall'art. 1497 c.c. (cfr. Rubino, La compravendita, in Tratt. dir. civ. e comm., diretto da Cicu-Messineo, XXIII, Milano, 1962. 906 s.; Amorth, Errore e inadempimento nel contratto, Milano, 1967, 67 ss.; Pietrobon, Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico, Padova, 1990, 386 ss., 405 ss.); ponendo, per converso, l'accento su una interpretazione oggettiva, si circoscrivono le ipotesi di errore alle sole qualità "essenziali per l'uso a cui [la cosa] è destinata" (Barcellona, voce "Errore (dir. priv.)", in Enc. dir., XV, Milano, 1966, 268 ss.; Gabrielli, La consegna di cosa diversa, Napoli, 1987, 179).

(23) Cass. Civ. 19 luglio 2007, n. 16031; Cass. Civ. 5 marzo 2018, n. 5134.

(24) Cass. Civ. 28 marzo 1996, n. 2843. Di conseguenza, o i difetti relativi ai beni sociali sono tali da incidere effettivamente sui diritti ricompresi nello *status soci*, ma, allora, se così è, si tratterà più propriamente, a seconda delle circostanze, di vizio o difetto di qualità o *aliud pro alio* (sia consentito il rinvio a Tina, *Il contratto di acquisizione*, cit., 245 ss.; ld., *Trasferimento di partecipazioni societarie: risoluzione del contratto per mancanza di qualità*, aliud pro alio *e annullamento del contratto per dolo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, 565 ss.); oppure non sembra possibile che una variazione del valore economico delle azioni, per effetto indiretto di una variazione della consistenza patrimoniale e finanziaria della società, possa determinare una alterazione rilevante nel "godimento" del bene partecipazione (*recte*, del godimento dei diritti sociali)

(25) Trib. Roma 16 aprile 2009, in questa *Rivista*, 2010, 1203.

(26) Quali la "possibilità di sviluppo dell'attività economica; congiuntura di mercato; appartenenza della società ad un gruppo piuttosto che ad un altro, e così via", Cass. Civ. 29 agosto 1995, n. 9067, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, 18.

(27) Cass. Civ. 29 agosto 1995, n. 9067, cit.; Cass. Civ. 19 luglio 2007, n. 16031, cit.

(28) Al riguardo si è già osservato che è "l'attività sociale che costituisce il contenuto dei diritti patrimoniali e amministrativi incorporati nelle azioni (o nelle quote), essendo, invece, i beni aziendali lo strumento necessario (e mutevole nel tempo) al suo esercizio. In altri termini, i diritti ricompresi nello status socii sono diretti e hanno ad oggetto l'esercizio in comune dell'impresa sociale (art. 2247 c.c.) e solo attraverso il medio necessario di questa si riflettono sui beni sociali. I vizi e le difformità dei beni sociali non si ripercuotono, cioè, direttamente sui diritti incorporati

Il cortocircuito dell'orientamento minoritario segnalato dall'ordinanza in esame e la sovrapposizione tra oggetto mediato e oggetto immediato del contratto sembrano chiari: la difformità della consistenza quantitativa del patrimonio sociale, qualora "incida sulla solidità economica e sulla produttività della società", potrebbe incidere sul valore delle azioni o delle quote, potendo per tale via *i*) integrare una mancanza delle qualità essenziali della cosa e *ii*) essere indizio del fatto che i beni confluiti nel patrimonio siano assolutamente privi della capacità funzionale a soddisfare i bisogni dell'acquirente, quindi "radicalmente diversi" da quelli pattuiti.

In un caso (i), si pretende di determinare l'assenza di una qualità essenziale del bene trasferito (le partecipazioni) da una più o meno rilevante alterazione del suo valore, ma limitatamente all'ipotesi in cui nel contratto sia indicata la "effettiva consistenza quantitativa del patrimonio sociale", il che sembrerebbe dunque richiamare l'esistenza di una clausola in tal senso; nell'altro caso (ii), invece, si finisce per dare per scontato ciò che, in realtà, dovrebbe essere oggetto di dimostrazione, ovvero che i beni che compongono il patrimonio sociale sono parte integrante del bene trasferito anche senza che vi siano specifici impegni del venditore (29).

Inoltre, il ricorso all'affidamento del compratore alla luce del principio di buona fede è in primo luogo poco chiaro e foriero di incertezze (30); in secondo luogo, anche incoerente con l'espresso riferimento alle qualità essenziali dell'oggetto di vendita. Non può, infatti, negarsi che le qualità essenziali di cui all'art. 1497 c.c. - ontologicamente non dissimili, almeno secondo parte della dottrina, dai vizi di cui all'art. 1490 c.c. (31) - a differenza di quelle (meramente) promesse, contemplate dal medesimo art. 1497 c.c., rilevano in quanto tali, indipendentemente da una specifica disposizione negoziale relativa alla effettiva

consistenza quantitativa del patrimonio sociale e dall'affidamento riposto dall'acquirente. Lo stesso dicasi per l'invocata incidenza della differenza tra l'effettiva consistenza quantitativa del patrimonio sociale rispetto a quella indicata nel contratto sulla solidità economica e sulla produttività della società e, in ultima analisi, ancora sulle qualità essenziali della cosa (32); incidenza che non pare possa essere dipendente dall'affidamento del compratore.

In definitiva, come è stato affermato dalla sentenza che ha deciso in primo grado la vicenda *de qua*, l'orientamento minoritario esposto pare animato da indiscutibili considerazioni di carattere equitativo, più che risultare corredato da un robusto impianto dogmatico (33), o, come è stato notato da altra sentenza di merito, apre spazi di incertezza applicativa particolarmente disfunzionali in questa delicata materia (34); con la conseguenza che tale orientamento, qualora accolto, potrebbe rendere molto più problematico prevedere l'esito di un possibile contenzioso, in senso opposto alle esigenze che caratterizzano il settore delle acquisizioni (35).

#### Conclusioni

L'ordinanza in commento poteva essere l'occasione per chiarire, in maniera più incisiva, la posizione della Suprema Corte, a nostro parere a favore del primo orientamento, maggiormente idoneo a realizzare certezza del diritto in merito a quanto viene garantito ex lege dal venditore in mancanza di clausole di garanzia. Sebbene non prenda espressamente posizione sulla questione, l'ordinanza consente di evidenziare le criticità che caratterizzano l'orientamento definito "minoritario", delineatosi già precedentemente alla più consapevole posizione assunta dalla Suprema Corte con la fondamentale pronuncia del 2014 (36) e successivamente più volte ribadito (37).

nelle partecipazioni trasferite" (Tina, *Il contratto di acquisizione*, cit., 303; v. anche Speranzin, *Vendita della partecipazione di "controllo"*, cit., 95: "se infatti la composizione del patrimonio sociale muta, non per questo vengono meno" i diritti cui la partecipazione si riferisce, "e non per questo dunque l'oggetto della vendita (la partecipazione) può ritenersi diverso" (enfasi nel testo)). L'ipotizzata rilevanza del valore delle partecipazioni trasferite cui pare riferirsi più recentemente anche Cass. 18 luglio 2024, n. 19833, si riduce sensibilmente se si considera che nel caso sui cui la Suprema Corte si è pronunciata le parti avevano fatto specifico riferimento ad un determinato bene sociale nella definizione dei criteri di determinazione del prezzo di vendita delle partecipazioni.

(29) Impegni specifici che, è bene chiarire, comunque mai potrebbero ampliare l'oggetto della compravendita fino a ricomprendervi i beni sociali, che, come chiarito, non sono nella disponibilità giuridica del socio-alienante.

(32) Cass. Civ. 12 settembre 2019, n. 22790, cit.

(33) Trib. Trieste 16 ottobre 2019, Rel. Picciotto.

(34) Trib. Milano 29 settembre 2020, Rel. Mambriani.

(36) Cass. Civ. 24 luglio 2014, n. 16963, seppure con riferimento ad un contratto contenente le clausole.

(37) V. la nt. 7.

<sup>(30)</sup> Sia consentito ancora il rinvio a Speranzin, *Compravendita* "non convenzionalmente garantita" di partecipazioni sociali di "controllo", cit., 472.

<sup>(31)</sup> Cfr. per tutti Rubino, *La compravendita*, cit., 760 ss.; C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, cit., 891; G.B. Ferri, *La vendita in generale*, in *Trattato Rescigno*, XI, 3, Torino, 2000, 559.

<sup>(35)</sup> E ciò fermo restando che le menzionate esigenze di carattere equitativo possono essere soddisfatte attraverso l'utilizzo delle garanzie legali adattate al bene oggetto della compravendita: v. il testo e la nt. 12.

# DIRITTO COMMERCIALE Vol. 2. Diritto

# Gian Franco Campobasso

delle società

Undicesima edizione curata da Mario Campobasso

L'Opera, di indiscussa chiarezza e autorevolezza, costituisce ormai un punto di riferimento imprescindibile per studenti, professionisti e studiosi nel campo del diritto societario. Testo e note sono stati interamente rivisti ed aggiornati, tenendo conto delle molteplici novità legislative intervenute nella materia, fra cui quelle introdotte dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019. n. 14 e successive modifiche), nonché dalla legge 5 marzo 2024, n. 21 ("Interventi a sostegno della competitività dei capitali"). Il volume fornisce inoltre ampi riferimenti sui più recenti orientamenti giurisprudenziali e della prassi notarile.







#### Bilancio

Tribunale di Milano, Sez. Impr., 27 marzo 2024 (dec. 15 giugno 2023) - Pres. Est. A. Mambriani - Calfin S.p.a. c. Calvi Holding S.p.a. Holding S.p.a.

Società di capitali - Direzione e coordinamento - Nozione - Attività di direzione - Costante indirizzo sulle scelte strategiche ed operative di natura finanziaria, industriale e commerciale delle controllate - Attività di coordinamento - Gestione sinergica orientata all'insieme delle imprese del gruppo

(Cod. civ. artt. 2497, 2497-bis, 2497-ter, 2497-sexies)

L'attività di direzione si articola in un sistematico e costante indirizzo delle decisioni gestorie delle società controllate e dunque sulle relative scelte strategiche ed operative di natura finanziaria, industriale e commerciale, mentre il coordinamento si realizza tramite un sistema di sinergie tra le diverse imprese del gruppo nel quadro di una guida complessiva della pluralità delle società eterodirette.

Società di capitali - Bilancio d'esercizio - Delibera di approvazione - Impugnazione - Violazione delle clausole generali di chiarezza, verità e correttezza - Onere della prova sull'attore - Sussistenza

(Cod. civ. artt. 2359, 2377, 2378, 2379, 2423, 2434-bis, 2497-bis, 2497-ter, 2497-sexies, 2697, 2727, 2729; cod. proc. civ. artt. 115, 163)

Nell'impugnazione delle delibere di approvazione di un bilancio di esercizio l'onere di dimostrare l'esistenza del vizio allegato incombe sull'attore; tuttavia, ove la censura consista nella violazione degli obblighi di informazione contabile sui rapporti infragruppo, la presunzione della direzione e coordinamento dal controllo determina una traslazione sulla società convenuta, in tesi eterodiretta, della prova del mancato esercizio di attività di direzione unitaria, che può essere fornita mediante la dimostrazione di specifici fatti positivi contrari (come la non coincidenza tra gli amministratori della controllante e della controllata) o con presunzioni fondate, esemplificativamente, sull'assenza di servizi di tesoreria, di direttive gestorie, di indicazioni sul progetto di bilancio o di regolamenti di gruppo.

Società di capitali - Presunzione dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento dal controllo societario - Efficacia iuris tantum - Prerogative e diritti del socio di controllo ai fini della prova della direzione e coordinamento - Insufficienza - Natura gestoria dell'attività del socio di controllo - Necessità

(Cod. civ. artt. 2359, 2377, 2378, 2379, 2423, 2434-bis, 2497-bis, 2497-sexies, 2697, 2727, 2729; cod. proc. civ. artt. 115, 163)

Ai fini dell'applicabilità della disciplina dei gruppi le circostanze che il socio di controllo rivesta la qualità di principale creditore della controllata, nomini tutti i componenti del consiglio di amministrazione, sia titolare di un diritto privilegiato nella distribuzione degli utili e abbia svolto un ruolo determinante nella negoziazione e nel perfezionamento di accordi di ristrutturazione relativi alla partecipata, non hanno natura gestoria e pertanto non costituiscono indici apprezzabili dell'effettivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

Società di capitali - Bilancio d'esercizio - Delibera di approvazione - Impugnazione - Allegazione della violazione degli obblighi di informazione contabili sui rapporti infragruppo - Presunzione dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento dal controllo societario - Efficacia iuris tantum - Dovere e potere degli amministratori di valutare in concreto l'effettiva soggezione all'esercizio di attività di direzione e coordinamento - Sussistenza

(Cod. civ. artt. 2359, 2377, 2378, 2379, 2423, 2434-bis, 2497, 2497-bis, 2497-sexies, 2697, 2727, 2729)

In applicazione dei generali criteri di chiarezza, verità e correttezza, gli amministratori di una società controllata da altra società devono redigere il progetto di bilancio non sulla base di presunzioni legali *iuris tantum*, bensì della situazione di fatto e pertanto devono dare informazione delle relazioni infragruppo solo ove l'attività di direzione e coordinamento sia stata effettivamente esercitata.

#### Il Tribunale (omissis).

#### 1. Svolgimento del processo

Con atto di citazione datato 29 settembre 2021, C. S.p.A. (di seguito, anche il "Socio") conveniva in giudizio C. Holding S.p.A. (di seguito, la "Società" o "CH") al fine di ottenere: i) in via cautelare, la sospensione inaudita altera parte dell'esecuzione e dell'efficacia della deliberazione della Società adottata in data 1° luglio 2021 (di seguito, la "Delibera") recante approvazione del bilancio di esercizio al 31 dicembre 2020 (di seguito, il "Bilancio 2020") e, in via subordinata, previa fissazione di un'apposita udienza, condannare CH, ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c., al versamento di una somma non inferiore ad Euro 100.000,00 per ogni eventuale violazione dell'emanando provvedimento; (ii) nel merito, dichiarare invalida e/o annullare, in tutto o in parte, la Delibera; (iii) nominare un curatore speciale ex art. 78 cod. proc. civ. in relazione all'oggetto del presente giudizio e ai relativi incombenti. A fondamento delle proprie domande deduceva quanto segue:

- C. era una società per azioni avente ad oggetto, tra l'altro, "la produzione e la commercializzazione di prodotti metallurgici e siderurgici, di macchinari e degli impianti inerenti, l'attività metalmeccanica, l'acquisizione e la concessione d'uso di marchi e brevetti industriali e di procedure tecniche nei settori suindicati, la prestazione all'industria, nei settori su indicati, di servizi di supporto di natura tecnica, commerciale e logistica", nonché "l'assunzione e la gestione, non nei confronti del pubblico [...] di partecipazioni in altre società" (doc. 3 att.);
- il capitale sociale di C. era interamente riconducibile alla famiglia C., fondatrice della società ed espressione della sua proprietà storica, nelle persone dell'ing. R. C. e della dott.ssa I. C.;
- C. esercitava da sempre la propria attività in via indiretta, mediante la titolarità, tra l'altro, di una partecipazione nel capitale sociale di CH, della quale, fino al mese di dicembre 2018, aveva detenuto la partecipazione di controllo nel capitale sociale;
- C. era titolare di n. 2.892.186 azioni ordinarie di CH pari al 39,56% del capitale sociale;
- la restante parte del capitale sociale era così suddivisa: Dea Capital Alternative Funds SGR S.p.A. (di seguito, "Dea"), per conto del fondo di investimento alternativo denominato "IDeA Corporate Credit Recovery II" (di seguito, il "Fondo") n. 1.908.810 azioni, pari al 26% del capitale sociale; il sig. E. C. n. 962.192 azioni, pari al 12,67% del capitale sociale; la sig.ra B. C. n. 945.668 azioni, pari al 12,94% del capitale sociale; gli Eredi G. C. n. 345.156 azioni, pari al 4,72% del capitale sociale; il sig. D. C. n. 108.200 azioni, pari al 1,48% del capitale sociale; il sig. A. C. n. 74.117 azioni, pari al 1,01% del capitale sociale; la sig.ra M. C. n. 74.117 azioni, pari al 1,01% del capitale sociale; infine, gli Eredi di E. C. n. 44.362 azioni, pari allo 0,61% del capitale sociale;
- l'attuale assetto societario di CH era il risultato di una serie di operazioni di natura straordinaria perfezionate nel corso del 2018 tra la Società (all'epoca controllata da C.,

- che deteneva il 53,46% del capitale e dei diritti di voto) e i suoi soci, da un lato, e Dea dall'altro;
- tali operazioni si erano rese necessarie al fine di procedere al risanamento dell'esposizione debitoria di CH nell'ambito di un piano attestato *ex* art. 67, comma 3, lett. (d) l. fall. (di seguito, il "Piano 2018": doc. 4 att.), implementato da un accordo di risanamento (l'"AdR 2018": doc. 5 att.), con annesso patto parasociale (il "Patto Parasociale 2018": doc. 6 att.), tutti sottoscritti da C., dagli altri soci di CH, e dalla Società stessa con Dea;
- quest'ultima era precedentemente subentrata nella titolarità dell'intera esposizione debitoria di natura finanziaria fino ad allora vantata da una pluralità di istituti di credito (Credito Valtellinese, Banco Popolare-BPM, Banca Popolare di Sondrio, Intesa Sanpaolo) nei confronti di CH (doc. 7 att.);
- più in particolare, ai sensi dell'AdR 2018 ed ai fini dell'attuazione del Piano 2018, Dea: (a) aveva convertito in capitale sociale di CH una porzione dei propri crediti pari ad Euro 1.000.000,00, divenendo azionista diretta titolare di n. 1.908.810 azioni, rappresentative del 26% del capitale sociale; (b) aveva altresì ricevuto, in pegno da C., l'intera partecipazione da quest'ultima detenuta in CH; (c) conseguentemente, aveva accettato i termini di rimborso dell'indebitamento finanziario di cui al Piano 2018 e gli impegni di cui all'Accordo di Risanamento 2018;
- l'assetto di interessi riflesso nell'AdR 2018 e nel Piano 2018 costituiva all'epoca il risultato di un negoziato condotto da C. a tutela dell'interesse proprio e della (allora) controllata CH nei rapporti con il creditore finanziario Dea. Negoziato che sfociava appunto nell'attestazione di un piano finalizzato al perseguimento dell'obiettivo del rimborso integrale del debito nei confronti di quest'ultima in un arco di 5 anni ed in una prospettiva di continuità aziendale del gruppo societario facente capo alla Società (non si trattava, peraltro, del primo piano di risanamento adottato dalla Società, in quanto CH aveva già in precedenza adottato con successo e parzialmente eseguito un altro "piano 67" attestato nel 2016);
- nel contesto dei suddetti accordi con Dea era stato tra l'altro adottato un nuovo statuto sociale di CH (lo "Statuto": doc. 8 att.), ai sensi del quale veniva previsto che le azioni di titolarità di Dea consentissero all'azionista l'esercizio del voto triplo, così determinando, in fase deliberativa, un valore percentuale del capitale rappresentato pari al 51,32%. Tale percentuale, peraltro, non era in alcun modo rappresentativa di un pari apporto di capitale o di risorse da parte di Dea in favore della Società, tenuto conto che la conversione in capitale era stata limitata al minor ammontare sopra indicato;
- l'AdR 2018 prevedeva, altresì, una serie stringente di obblighi ed impegni da parte di CH e dei soci (c.d. covenant) ai fini dell'attuazione del Piano 2018;
- con lettera in data 9 novembre 2019 (doc. 9 att.), Dea aveva pretestuosamente disatteso il Patto Parasociale adducendo quale motivo di tale decisione l'asserito mancato rispetto dei suddetti covenant da parte del precedente

management di CH. Contestualmente la stessa Dea provocava, mediante le dimissioni di due propri esponenti nel Consiglio di Amministrazione della Società, la decadenza dell'intero C.d.A., facendo leva sulla clausola c.d. simul stabunt simul cadent di cui all'art. 22.2 dello Statuto;

- in occasione della successiva assemblea dei soci del 26 novembre 2019, esercitando il voto plurimo, Dea nominava il nuovo consiglio di amministrazione, composto da n. 7 componenti tutti designati dalla stessa, assumendo così, sul piano formale e sostanziale, il pieno controllo di CH:
- successivamente, la Società, sotto la guida del nuovo C.d. A. e l'impulso dell'azionista/creditore Dea, avviava l'elaborazione di un nuovo piano attestato di risanamento (di seguito, il "Piano 2020") e annesso accordo di risanamento del debito (di seguito, l'"AdR 2020": doc. 11 att.);
- l'AdR 2020 ed il relativo Piano 2020 venivano contestualmente adottati con il consenso di CH e del creditore Dea, ma senza alcun coinvolgimento né di C. né degli altri soci, la cui adesione al Piano 2020 nonostante le richieste di confronto ripetutamente formulate dal Socio, tutte rimaste senza risposta veniva ritenuta "meramente eventuale";
- nello specifico, nel suddetto Piano 2020 veniva previsto l'integrale rimborso dell'esposizione debitoria dell'intero gruppo societario nei confronti di Dea e degli altri creditori nell'arco di piano di 5 anni, mediante l'utilizzo dei ricavi generati dall'attività sociale;
- in alternativa, si prevedeva l'immediata dismissione da parte di CH di una delle due divisioni caratteristiche di cui si componeva l'attività aziendale, ossia la c.d. "Divisione Metallurgica", facente capo essenzialmente alle società controllate S. S.p.A. e C. S.p.A., con riduzione immediata dell'indebitamento nei confronti di Dea per circa Euro 63 milioni;
- tale ultima operazione non aveva però avuto seguito per il ritiro del promissario acquirente;
- parallelamente si era proceduto ad avviare la procedura di cessione dell'altra divisione industriale di CH, quella meccanica (di seguito, la "Divisione Meccanica"), la cui cessione - perfezionata ad agosto 2021 - era esplicitamente esclusa dal nuovo Piano 2020: ciò a conferma di una linea strategica fortemente improntata a una "liquidazione" sottotraccia di CH attraverso la vendita di tutti i suoi assets, funzionale al rimborso anticipato del creditore Dea e quindi nel sostanziale esclusivo interesse di quest'ultima; - in data 30 dicembre 2020 l'assemblea dei soci di CH deliberava in sede ordinaria l'approvazione del bilancio di esercizio della Società al 31 dicembre 2019 (il "Bilancio 2019"), il quale costituiva sostanzialmente il primo bilancio di esercizio chiuso successivamente al verificarsi di tutti i fatti sopra esposti. In occasione dell'assemblea, il bilancio di CH era stato approvato con il voto favorevole di Dea e degli altri soci, ma con il voto contrario (come ivi motivato) di C., la quale formulava plurime richieste di chiarimenti, alle quali venivano fornite laconiche risposte, come risulta dal relativo verbale (doc. 12 att.);
- la delibera di approvazione del predetto bilancio era stata tempestivamente impugnata dall'odierna attrice, in

- ragione della contrarietà dello stesso a plurime disposizioni codicistiche relative anch'esse ai principi di correttezza e trasparenza nella redazione dei bilanci, con giudizio introdotto di fronte a codesto Tribunale e tutt'ora pendente (R.G. 12195/2021);
- l'istanza cautelare di sospensione del Bilancio 2019 veniva rigettata da questo Tribunale; avverso tale provvedimento veniva quindi proposto reclamo (R.G. 17365/2021), anch'esso rigettato con provvedimento in data 27.05.2021 (doc. 13 att.);
- a fondamento del rigetto del reclamo il Collegio aveva rilevato, in particolare, che non sarebbero stati allegati "elementi di riscontro positivi che consentano di ritenere esercitato il potere di direzione e coordinamento da parte di DeA Capital" e che a tal fine, in osseguio al principio di competenza che presiede alla formazione del bilancio di esercizio "rispetto alla tesi della reclamante giocano un ruolo neutro le condotte successive al 31.12.2019, ed in particolare la risoluzione dell'Accordo di risanamento del 2018 e la stipulazione dell'Accordo di risanamento del 2020- perfezionato da CH con i suoi creditori- fatti pacificamente intervenuti nel 2020. Invero, in ossequio al principio di competenza, i fatti successivi al 31.12.2019 non sono imputabili all'esercizio dell'anno 2019. A ciò non ostano né l'art. 2497 bis c.c. -che impone un obbligo di informativa che prescinde dal normale criterio di competenza- né il principio OIC 29, rispetto all'informativa, da indicare nella nota integrativa, dei fatti intervenuti dobo la chiusura dell'esercizio, ma ritenuti rilevanti".
- nondimeno, le condotte in allora ritenute non rilevanti, poiché successive al Bilancio 2019, non potevano che assumere concreta valenza ai fini del Bilancio 2020, adottato appunto con la Delibera oggi impugnata;
- segnatamente, la Delibera risultava viziata da nullità e/o annullabilità in quanto disposta in violazione:
- (i) dei principi di chiarezza, veridicità e correttezza che presiedono alla redazione del bilancio di esercizio *ex* art. 2423, comma 2, c.c., non emergendo in alcun modo dalla stessa né dal bilancio approvato il rapporto di direzione e coordinamento esistente, ai sensi degli artt. 2497 e ss. e 2359 c.c., n.1, tra la Società ed il socio controllante Dea; ciò in contrasto con quanto disposto dall'art. 2497-bis, il quale, come è noto, prevede l'obbligo, per le società sottoposte ad eterodirezione, di "indicare la società o l'ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta negli atti e nella corrispondenza", nonché di "esporre, in apposita sezione della nota integrativa, un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio" della predetta controllante;
- (ii) del disposto di cui all'art. 2424 c.c., comma 1, nella parte in cui prevede la necessità di differenziare, tra le voci di debito contenute in bilancio, i debiti verso i soci dai debiti verso i soggetti controllanti, posto che nel bilancio approvato con la Delibera l'indebitamento finanziario di CH nei confronti di Dea veniva qualificato unicamente come "debito verso soci", senza indicare la sussistenza del rapporto di controllo diretto tra le due società; dato che, peraltro, appariva altresì in contraddizione con le diverse risultanze emergenti dai bilanci delle controllate di CH,

- Si. S.p.A., El. S.p.A. e C. S.p.A., con conseguente violazione del principio di comparabilità previsto dall'art. 2423-ter, comma 5, c.c.;
- (iii) del diritto del socio di minoranza C., anche *ex* art. 2422 c.c., ad ottenere le informazioni rilevanti in sede di approvazione di bilancio, posto che le risposte fornite ai numerosi quesiti prospettati dall'odierna attrice all'assemblea tenutasi in data 1° luglio 2021 erano state del tutto laconiche ed elusive;
- tutte le suddette censure, oltre a determinare la radicale invalidità della Delibera e del Bilancio 2020 approvato erano, altresì, idonee ad arrecare grave, immediato e irreparabile pregiudizio al socio di minoranza e, stante la peculiare situazione di conflitto di interessi in cui versano gli amministratori, anche alla stessa CH;
- con riguardo al vizio sub (i) evidenziava che ai sensi dell'art. 2497 sexies c.c. "si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla". La valutazione circa l'esistenza di un rapporto di controllo rinviava, a sua volta, al disposto di cui all'art. 2359 comma 1 c.c., a mente del quale "sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria" e, inoltre "3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa";
- se era pur vero che la presunzione ex art. 2497 sexies c.c. non opera in re ibsa, ossia non consegue automaticamente alla sola presenza di una situazione "formale" di controllo di una società su un'altra, data dalla detenzione, da parte della prima, della maggioranza del capitale sociale, o comunque, della maggioranza dei voti in assemblea, era altrettanto vero che con le disposizioni de quibus il legislatore aveva inteso tutelare la società soggetta all'etero coordinamento consentendo alla stessa di provare la sussistenza delle condizioni ivi descritte mediante l'allegazione di una serie di indici concordanti che facessero ragionevolmente supporre l'esistenza di una situazione di potere e controllo, senza cioè che fosse necessario provare, mediante una sorta di probatio diabolica, la mancata sussistenza di condotte attivamente volte all'esercizio di tale potere da parte della controllante; nella fattispecie, a comprova dei suddetti indici, il socio Dea:
- (a) rivestiva la qualità di principale creditore finanziario della Società per un controvalore nominale di Euro 55 milioni, avendo già sottoscritto l'AdR 2018 e avendo, ora, aderito all'AdR 2020;
- (b) esercitava, altresì, il diritto di nomina dell'intero consiglio di amministrazione di CH, come attualmente in carica, essendone stati pretermessi tutti i precedenti consiglieri di nomina C. ed altresì i consiglieri proposti dagli altri soci (anche il nuovo C.d.A. costituiva interamente espressione di Dea);
- (c) era titolare, per effetto della proprietà delle azioni a voto plurimo, della maggioranza assoluta dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria e straordinaria della società;

- (d) godeva di un diritto preferenziale di distribuzione di utili a proprio favore rispetto a tutti i soci (in forza della clausola Waterfall di cui all'AdR 2018 e mantenuta dell'AdR 2020);
- ai sensi dell'art. 2497 bis, comma 1, c.c., "la società deve indicare la società o l'ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta negli atti e nella corrispondenza, nonché mediante iscrizione, a cura degli amministratori, presso la sezione del registro delle imprese di cui al comma successivo"; il medesimo articolo, al successivo comma 4, dispone poi che "la società deve esporre, in apposita sezione della nota integrativa, un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio della società o dell'ente che esercita su di essa l'attività di direzione e coordinamento";
- le suddette disposizioni si coordinano con il successivo art. 2479 ter comma 1, c.c. nella parte in cui tale ultimo articolo prevede che "Le decisioni dei soci che sono prese in conformità della legge o dell'atto costitutivo possono essere impugnate dai soci che non vi hanno consentito [...] entro novanta giorni dalla loro trascrizione nel libro delle decisioni dei soci";
- ai sensi delle predette disposizioni, pertanto, gli amministratori di CH erano senza dubbio tenuti a dare contezza, nel Bilancio 2020 e/o nella relativa nota integrativa, della sussistenza della descritta situazione di eterodirezione della Società, con conseguente invalidità del bilancio stesso e della relativa Delibera;
- la suddetta violazione, non derubricabile a un mero vizio formale, aveva già comportato un grave ed irreparabile pregiudizio al Socio;
- con riguardo alla doglianza sub b) risultava altresì errata la rappresentazione dello stato patrimoniale, in quanto il debito verso Dea, che nel 2018 era stato indicato alla voce D 3 come "debiti verso soci per finanziamenti", a seguito del cambio di controllo nel 2019 avrebbe dovuto essere iscritto nella voce D 11 "debiti verso controllanti"; - detta violazione comportava la nullità della Delibera, come confermato anche da questo Tribunale che, in un precedente analogo, aveva precisato che "il precetto di chiarezza nella redazione di bilancio è sancito a tutela dell'interesse generale all'informazione circa la situazione patrimoniale della società, ed ha, pertanto, autonoma rilevanza rispetto a quelli di veridicità e correttezza sicché la deliberazione assembleare di approvazione del bilancio di esercizio va considerata nulla, perché in contrasto con la disciplina imperativa, non solo quando il documento contabile approvato dia contezza di risultati d'esercizio non conformi alla reale situazione della società, ma anche quando dal bilancio approvato e dai relativi allegati non sia possibile desumere l'intera gamma di informazioni che la legge vuole siano fornite per ciascuna delle poste iscritte" (Trib. Milano, sez. IV, 4 novembre 2010);
- con riguardo alla doglianza sub c) rilevava che "nelle società di capitali il diritto del socio all'informazione, strumentale al principio di chiarezza del bilancio, non può dirsi realizzato quando le risposte alle domande avanzate nel corso dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio medesimo siano sommarie, inadeguate o meramente assertive" (Cass. civ., Sez. Un., 21 febbraio 2000, n. 27).

- nella fattispecie, come risultava dal verbale assembleare del 1º luglio 2021, nel corso dell'adunanza C. aveva espressamente richiesto all'organo amministrativo di illustrare:
- (i) in primo luogo, le ragioni ed i criteri posti a base della scelta di dismettere la partecipazione detenuta da CH in F. S.r.l., risultando una siffatta determinazione di vendita contraria alle previsioni del piano di risanamento del 2020, che non la contemplava in alcun modo; la predetta cessione aveva peraltro determinato l'integrale svalutazione della partecipazione sociale de qua ed una conseguente perdita, per la Società, pari a Euro 2.831.000,00 (si segnalava l'errata verbalizzazione che invece riportava una svalutazione di "soli" Euro 1.000.831,00);
- (ii) inoltre, l'organo amministrativo era stato invitato a fornire chiarimenti in merito alla sorte dei crediti netti infragruppo nei confronti di F., di ammontare non inferiore a complessivi Euro 700.000,00-800.000,00. Tali crediti continuavano ad essere appostati come integralmente sussistenti ed esigibili, laddove era invece assai probabile che essi fossero stati oggetto di regolazione nel menzionato (e mai visto dal socio di minoranza) contratto di compravendita;
- (iii) nella medesima sede C. aveva altresì chiesto, *inter alia*, chiarimenti in merito alla scelta, presentata nel progetto di bilancio, di riclassificare le partecipazioni di CH nelle controllate S. e C. alle quali faceva sostanzialmente capo la "Divisione Metallurgica" rispetto alla quale il Piano 2020 disponeva la possibile cessione da "immobilizzazioni finanziarie" a "attività finanziarie che non costituiscono immobilizzazioni", pur avendo gli amministratori comunicato, poco prima della adunanza assembleare *de qua*, che la cessione del comparto in questione non appariva più configurabile. Anche a tale specifica domanda, tuttavia, l'amministratore delegato aveva risposto in modo del tutto laconico (come emergeva dal relativo verbale) che *"il Progetto di Bilancio rappresenta la situazione al 31 dicembre 2020"* (cfr. doc. 1 att.);
- tali omissioni configuravano una gravissima inadempienza agli obblighi codicistici, essendo ben noto che "gli amministratori devono soddisfare l'interesse del socio ad una conoscenza concreta dei reali elementi contabili recati dal bilancio al fine di realizzare il diritto di informazione previsto dall'art. 2423 cod. civ., che è in rapporto di strumentalità con il principio di chiarezza, sicché sono obbligati a rispondere alla domanda d'informazione pertinente e a cui non ostino oggettive esigenze di riservatezza, in modo da dissipare le insufficienze, le incertezze e le carenze di chiarezza in ordine ai dati di bilancio ed alla relativa relazione" (così Cass. civ. n. 4120 del 2016).
- \*Con comparsa del 31 dicembre 2021 CH si costituiva in giudizio instando per il rigetto dell'avversa impugnativa. A fondamento delle proprie pretese deduceva quanto segue:
- le doglianze poste a supporto dell'impugnazione della Delibera erano le medesime già sollevate in relazione all'impugnazione del Bilancio 2019 il cui procedimento cautelare, ivi compresa la fase del reclamo, si era concluso con il rigetto delle istanze di parte attrice (con ordinanza del 1-3 aprile 2021, G.U. Dott.ssa Amina Simonetti e con

- ordinanza collegiale del 27 aprile 2021, G. Rel. Dott.ssa Alima Zana, Pres. Dott. Angelo Mambriani: docc. 3 e 4 conv.);
- in particolare, con l'ordinanza del 1-3 aprile 2021 il Tribunale aveva rigettato l'istanza di sospensiva avversaria, affermando, tra le altre cose, che "è pacifico che nel bilancio 2019 non si sia rilevato il rapporto di direzione e coordinamento di DeA su CH", in quanto C. "non è stata in grado di riferire, avuto riguardo all'esercizio 2019, alcuna scelta gestoria assunta dal CdA sulla base di direttive o per diretta influenza di DeA Capital";
- nel medesimo provvedimento si evidenziava che, in applicazione del principio contabile OICR19, "Nella voce D.3) sono iscritti i finanziamenti effettuati da un socio che è anche una società controllante. Questa ultima precisazione consente di ritenere che nella diversa voce D 11 vanno collocati i debiti verso la controllante che derivino da operazioni commerciali infragruppo, che abbiano una causa fonte del credito diversa dal finanziamento";
- non vi era stata alcuna carenza di informativa nei confronti dei soci, in quanto "può comunque dirsi che le risposte rese dall'amministratore delegato di CH sulla posizione complessiva della partecipata H. risultano sufficientemente dettagliate e motivate";
- oltre ad essere carente sotto il profilo del fumus boni iuris, la domanda di C. risultava priva del requisito del periculum in mora, posto che "l'operazione della Cessione della Divisione Metallurgica in sé non si pone come atto immediatamente conseguente all'approvazione del Bilancio 2019 [...] il piano di risanamento 2020 ex art 67 lett. d) lf e l'attestazione che lo accompagna non può dirsi allo stato, stante la carenza del presupposto del fumus boni iuris, che si fondi su dati contabili 2019 non veridici" (cfr. doc. 3);
- con ordinanza emessa in data 27 aprile 2021 (cfr. doc. 4 conv.), il Tribunale, in composizione collegiale, rigettava integralmente anche il reclamo proposto da C., confermando l'infondatezza delle allegazioni da questa riferite e, in particolare:
- (i) giudicando "assorbenti conformemente alle valutazioni espresse dal giudice di prime cure rispetto alle quali non sono emersi nuovi elementi di apprezzamento evidenze sul piano probatorio che configurano un solido quadro disomogeneo rispetto alla tesi della reclamante e che rendono senz'altro inoperante l'eventuale applicazione della presunzione dell'art. 2497 sexies c.c.";
- (ii) "quanto agli elementi articolati dalla reclamante a supporto dell'esistenza di vincoli contrattuali che garantirebbero un'influenza dominante nei confronti di CH da parte di DeA Capital:
- non è riscontrato che il socio di riferimento sia creditore sostanzialmente unico di CH. In proposito, parte reclamata ha precisato che il credito del socio di maggioranza ammonta ad euro 43 milioni a fronte di una esposizione debitoria complessiva di 102 milioni. La circostanza non è contestata;
- la clausola di waterfall che secondo parte reclamante garantirebbe a DeA Capital un diritto preferenziale di distribuzione degli utili - prevede una redistribuzione dei pagamenti effettuati da CH e dalle società del Gruppo tra soggetti terzi, creditori finanziari, soci e titolari di strumenti finanziari

partecipativi, assetto che gioca su un piano di indifferenza rispetto alla tesi della etero-direzione";

- (iii) ritenendo inesistente il periculum in mora, in quanto "non appare sufficiente predicare in astratto le facoltà riconosciute al socio soggetto di società soggetta a direzione e coordinamento per inferire il rischio di pericolo irreparabile da tutelare in sede cautelare [...] dovendosi in tal caso prospettare la lesione imminente di un proprio diritto, in concreto a rischio di compressione in caso di mancato accoglimento della domanda urgente";
- (iv) infine, "nel bilanciamento degli interessi in conflitto, appare prevalente, anche sotto il profilo reputazionale, l'irreparabile danno che subirebbe la reclamata, anche rispetto al ceto creditorio, avendo in corso un Piano di Risanamento, nel caso di sospensione della delibera rispetto a quello paventato genericamente dalla reclamante, che ha peraltro dichiarato di non essere in grado di prestare alcuna garanzia, richiesta in via subordinata dalla reclamata" (cfr. doc. 4).
- anche nel presente procedimento inerente l'impugnazione del Bilancio 2020 sostanzialmente per i medesimi motivi di cui al precedente, C. non aveva allegato neppure per mera enunciazione quegli indici pacificamente riconosciuti dalla giurisprudenza, anche di questo Tribunale, e dalla dottrina specialistica, in forza dei quali si può trarre la prova dell'esistenza o meno, in un determinato caso, della fattispecie di direzione e coordinamento; non essendoci alcuna attività di direzione e controllo veniva meno la fondatezza dei primi due motivi di impugnazione;
- in relazione alla terza doglianza attorea, evidenziava che C. non aveva dimostrato di aver ricevuto informazioni incomplete e/o inesatte, né peraltro aveva illustrato in che modo, ed in concreto, la medesima sarebbe stata indotta in errore dalle informazioni asseritamente inesatte ricevute e/o avrebbe patito un qualche pregiudizio economico. E ciò in palese violazione dei principi della Suprema corte secondo cui "il socio ha diritto di agire per l'impugnativa della detta delibera solo quando egli possa essere, in concreto, indotto in errore dall'inesatta informazione fornita sulla consistenza patrimoniale e sull'efficienza economica della società, ovvero quando, per l'alterazione od incompletezza dell'esposizione dei dati, derivi o possa derivare un pregiudizio economico circa il valore della sua partecipazione" (Cass. n. 23976 del 2004); - ad ogni modo, la cessione era avvenuta nel luglio 2021, talché essa era estranea al perimetro del presente giudizio non avendo nulla a che vedere con il Bilancio 2020 impugnato:
- in ogni caso, la vendita di da parte di CH, lungi dal costituire una prova del preteso svolgimento di attività di direzione e coordinamento da parte di Dea, era un'operazione che il management della Società aveva condotto non solo nell'interesse di quest'ultima, attesi i maggiori costi che la liquidazione di avrebbero comportato per CH (stimati in circa Euro 1,4 milioni: cfr. doc. 22 conv.), ma anche nell'interesse e a tutela dei rapporti esistenti in seno alla stessa;
- la cessione di a due ex dipendenti della stessa aveva consentito peraltro la prosecuzione dell'attività aziendale della stessa e la salvaguardia, nei limiti del possibile, di

- numerosi posti di lavoro, ciò che non sarebbe stato possibile nel caso in cui si fosse proceduto alla liquidazione *tout court* della società;
- anche la cessione della Divisione Meccanica, perfezionata il 26 ottobre 2021, risultava del tutto irrilevante rispetto all'impugnativa del Bilancio 2020;
- peraltro, il 18 novembre 2020 (doc. 9 conv.) era stata la stessa C. (per il tramite del proprio legale, Avv. B.) a proporre a CH di procedere proprio alla cessione del comparto in questione, in luogo della Divisione Metallurgica (offrendosi peraltro di collaborare fattivamente con l'organo amministrativo della Società in tal senso); volontà, questa, confermata in seguito dal Socio per il tramite del suo azionista di maggioranza, cioè dall'Ing. R. C., il quale con e-mail del successivo 30 novembre 2020 (doc. 10 conv.) chiedeva personalmente all'amministratore delegato di CH di procedere in tal senso;
- in ogni caso, la vendita della Divisione Meccanica aveva consentito al Gruppo C. di risanare integralmente il proprio indebitamento finanziario, in anticipo rispetto a quanto previsto ai sensi dell'AdR 2020 - con conseguente beneficio per il Gruppo anche alla luce del notevole risparmio sul debito finanziario, considerato che gli interessi su quest'ultimo dovuti annualmente ai creditori finanziari ammontavano a circa 5 milioni di Euro - e, pertanto, di uscire dalla situazione di difficoltà finanziaria ultradecennale in cui si era venuto a trovare il Gruppo sotto la guida della precedente gestione (i.e. dell'Ing. C. che era stato al timone del Gruppo CH per oltre 15 anni); - l'azione promossa da parte attrice risultava pretestuosa e strumentale, sostanziandosi nell'ennesimo tentativo dell'Ing. C. (per il tramite di C., dal medesimo controllata) di ingerirsi nell'attività di gestione di CH, condizionando l'operato dei relativi amministratori. (omissis).

# 2. La domanda attorea di invalidità della delibera di CH del 1° luglio 2021 di approvazione del bilancio di esercizio al 31 dicembre 2020.

La domanda è infondata. Parte attrice ha impugnato la Delibera poiché a suo dire viziata da nullità e/o annullabilità sotto un triplice ordine di motivi e, segnatamente:

(i) per violazione dei principi di chiarezza, veridicità e correttezza che presiedono alla redazione del bilancio di esercizio ex art. 2423, comma 2, c.c., non emergendo in alcun modo dalla stessa né dal bilancio approvato il rapporto di direzione e coordinamento esistente, ai sensi degli artt. 2497 e ss. e 2359 c.c., n.1, tra la Società ed il socio controllante Dea; ciò in contrasto con quanto disposto dall'art. 2497-bis, il quale, come è noto, prevede l'obbligo, per le società sottoposte ad eterodirezione, di "indicare la società o l'ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta negli atti e nella corrispondenza", nonché di "esporre, in apposita sezione della nota integrativa, un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio" della predetta controllante;

(ii) per violazione del disposto di cui all'art. 2424 c.c., comma 1, nella parte in cui prevede la necessità di differenziare, tra le voci di debito contenute in bilancio, i debiti verso i soci dai debiti verso i soggetti controllanti, posto che nel bilancio approvato con la Delibera l'indebitamento finanziario di CH nei confronti di Dea veniva qualificato unicamente come "debito verso soci", senza indicare la sussistenza del rapporto di controllo diretto tra le due società; dato che, peraltro, appariva altresì in contraddizione con le diverse risultanze emergenti dai bilanci delle controllate di CH, S. S.p.A., E. S.p.A. e C. S.p.A., con conseguente violazione del principio di comparabilità previsto dall'art. 2423 ter, comma 5, c.c.;

(iii) per violazione del diritto del socio di minoranza C., anche *ex* art. 2422 c.c., ad ottenere le informazioni rilevanti in sede di approvazione di bilancio, posto che le risposte fornite ai numerosi quesiti prospettati dall'odierna attrice all'assemblea tenutasi in data 1° luglio 2021 sono state del tutto laconiche ed elusive.

Ai fini della disamina dei motivi *sub* i) e ii) risulta dirimente l'accertamento della sussistenza o meno in capo a Dea dell'attività di direzione e coordinamento nei confronti di CH.

Come noto, la riforma del diritto societario ha introdotto nel nostro ordinamento un insieme di norme, contenute negli artt. 2947 e ss. c.c., dirette a regolare la gestione dei gruppi di società secondo principi ispirati alla trasparenza (prevedendo, ad esempio, la pubblicità mediante iscrizione nel registro delle imprese a cura degli amministratori della società sottoposta alla direzione e coordinamento) e un sistema di tutela rafforzato dei soci e dei creditori sociali della società soggetta a direzione e coordinamento.

Il legislatore del codice civile, tuttavia, come noto, non ha dato alcuna definizione dell'attività in esame.

La questione dell'assenza di una definizione risulta rilevante perché va ad incidere anche sull'oggetto della prova contraria nei casi in cui l'art. 2497 sexies c.c. stabilisce una presunzione a carico del soggetto tenuto per legge al consolidamento dei bilanci o che comunque eserciti il controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. o, come nel caso di specie, efficace nei confronti della società eterodiretta in vista degli adempimenti pubblicitari di cui all'art. 2497 bis

La mancanza di una definizione positiva dell'attività de qua ha reso pertanto necessaria un'opera interpretativa, da parte della dottrina e della giurisprudenza, che ne indicasse le connotazioni essenziali. Orbene, secondo orientamento giurisprudenziale ampiamente diffuso, perché sussista la direzione e coordinamento "non è sufficiente il controllo statico della società sottoposta, ma è necessaria un'attività di significativo e determinante condizionamento dell'autonomia gestionale della società controllata, concretantesi nell'esercizio

di un insieme di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale e commerciale che attengono alla conclusione degli affari sociali" (1).

È stato ulteriormente precisato da questo Tribunale che "l'attività di direzione e coordinamento costituisce un'attività di fatto, giuridicamente rilevante, che si esprime principalmente come influenza dominante sulle scelte e determinazioni gestorie degli amministratori della società eterodiretta che ne sono i naturali referenti e destinatari: perciò per attività di direzione e coordinamento deve intendersi l'esercizio in concreto di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali; si tratta dell'espressione di un potere di ingerenza che si esplica attraverso un flusso costante di istruzioni impartite alla società eterodiretta che si traspongono in decisioni dei suoi organi" (2). Segnatamente, l'attività di coordinamento realizza un sistema di sinergie tra diverse società del gruppo nel quadro di una politica strategica complessiva, estesa all'insieme delle società, mentre l'attività di direzione individua una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa ossia sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali.

Si evidenzia, inoltre, che attività direttiva rilevante ai fini dell'applicazione sia dell'art. 2497 c.c. sia dell'art. 2497 bis c.c., è comunque quella che interferisce con la gestione dell'impresa e si ingerisce in essa (3). Si tratta di definizioni particolarmente calzanti soprattutto allorquando, come con riferimento alle disposizioni di cui all'art. 2497-bis c.c., le norme riguardano l'esercizio fisiologico dell'attività di direzione e coordinamento.

Da esse emerge, in ogni caso, come l'attività in questione, e la responsabilità che dal suo esercizio abusivo può derivare, prescindono dall'esistenza di un controllo "ai sensi dell'art. 2359 c.c.", realizzandosi attraverso l'esercizio effettivo del potere di una società di dirigere e coordinare altre società secondo un progetto unitario (4).

Nei cc.dd. "gruppi verticali" tale attività si manifesta in genere attraverso la definizione da parte della holding di linee strategiche, nonché di programmi finanziari e produttivi del gruppo. Spesso avviene che la società controllante approvi preventivamente i budget annuali delle singole società sottoposte al suo controllo ed i piani strategici, industriali e finanziari. Risultano inoltre espressione dell'esercizio di una direzione unitaria le decisioni attraverso cui la società capogruppo può determinare le essenziali scelte gestorie della società eterodiretta, stabilendo, ad esempio, la necessità della sua preventiva

<sup>(1)</sup> Trib. Mantova, Sez. II, 16 ottobre 2014, in *Società*, 12, 2015, 1405 ss.; Trib. Pescara 2 febbraio 2009, in *Foro it.*, 2009, 2843; Trib. Palermo 15 giugno 2011, in *Foro it.*, 2011, 3164.

<sup>(2)</sup> Trib. Milano 10 novembre 2014, n. 13179, in www.giuri-sprudenzadelleimprese.it.

<sup>(3)</sup> Trib. Milano 27 febbraio 2019, in *Società*, 2019, 999. Le funzioni di *audit* e *compliance* imposte dalla controllante sulle

controllate sarebbero invece di per sé meno significative della eterodirezione (e così, ad esempio, la predisposizione di codici di comportamento, circolari relative all'assetto organizzativo, amministrativo o contabile): Trib. Roma 21 giugno 2023, n. 9936 in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

<sup>(4)</sup> Ex multis, Trib. Milano 9 gennaio 2018, in Notariato, 2019, 59.

autorizzazione per porre in essere operazioni societarie di acquisizione o trasformazione, ovvero per richiedere finanziamenti o comunque per tutte le operazioni di maggiore rilevanza economica e patrimoniale.

Altri esempi comuni possono essere la definizione da parte della stessa holding di policy di gruppo delle regole per l'acquisto di beni e servizi, per la gestione ed assunzione del personale e per la gestione dei rapporti con le istituzioni nonché la costituzione di una tesoreria accentrata di gruppo (c.d. cash pooling) per una più efficiente gestione dei flussi finanziari finalizzata a ridurre i costi nei confronti del sistema bancario (5).

Un ulteriore indice comunemente presente nei gruppi verticali è dato dalla composizione degli organi ammnistrativi e di controllo delle società; in particolare, quando il consiglio di amministrazione e il collegio sindacale siano identici ovvero composti in parte dalle stesse persone (6). Ciò posto, questioni centrali rispetto all'applicazione dell'art. 2497 bis c.c. sono quelle della distribuzione dell'onere probatorio rispetto alla sussistenza del presupposto - l'esercizio di attività di direzione unitaria - degli obblighi pubblicitari ed informativi di cui all'art. 2497 bis c.c., del ruolo della presunzione di cui all'art. 2497 sexies c.c. e della prova contraria, cioè di come sia possibile superare la presunzione relativa di direzione, tenuto conto che non solo l'attività in questione di fatto può essere svolta con molteplici modalità esecutive, ma soprattutto in quanto trattasi di una prova negativa.

Ora, come noto, secondo consolidato orientamento della Suprema Corte, nell'impugnazione delle delibere assembleari, specie quelle aventi ad oggetto l'approvazione di bilanci di esercizio tacciati di violazione dei canoni di veridicità, correttezza e chiarezza, l'onere di dimostrare l'esistenza del vizio incombe pur sempre in capo all'attore (7), sebbene, per vicinanza della prova e natura dell'onere che le incombe, la società abbia tutto l'interesse a contrastare le allegazioni del socio impugnante.

Nel caso di specie, tuttavia, l'attore è assistito dalla menzionata presunzione *iuris tantum* prevista dal più volte menzionato art. 2497 *sexies* c.c. in funzione di assistenza della parte debole, esterna rispetto al rapporto di controllo ed alla gestione sociale e perciò in difficoltà nel provare le ingerenze gestorie pur finalizzate all'unitaria direzione e coordinamento imprenditoriale.

Ciò determina, almeno sul piano formale, una traslazione in capo alla società eterodiretta convenuta dell'onere di provare il mancato esercizio, da parte della società controllante, di attività di direzione unitaria - nell'accezione sopra indicata -, e tuttavia con le precisazioni che subito si diranno. In linea generale occorre muovere dall'affermazione che l'onere probatorio non subisce "deroga neanche quando abbia ad oggetto 'fatti negativi', in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il

diritto di cui il fatto, pur se negativo, ha carattere costitutivo; tuttavia, non essendo possibile la materiale dimostrazione di un fatto non avvenuto, la relativa prova può esser data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, o anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo" (8).

Con specifico riferimento alla materia che ne occupa. tuttavia, la giurisprudenza ha evidenziato che sarà possibile nel caso concreto dimostrare che la posizione di controllo è rimasta soltanto potenziale e che non si è determinata una direzione unitaria dell'impresa controllata. Sul punto è stato precisato che "può accadere, quindi, che vi sia controllo e che vi siano i conseguenti obblighi pubblicitari previsti per la situazione oggettiva di "direzione e coordinamento", cui fa riferimento l'art. 2497 bis e sexies cod. civ., senza esercizio effettivo della direzione unitaria, quando l'influenza dominante che deriva dalla partecipazione al capitale o dai collegamenti negoziali rimane potenziale, e non viene in concreto utilizzata, per conformare la gestione della società controllata a finalità di gruppo, cosicché mancano gli ulteriori elementi necessari per affermare l'esistenza anche della direzione unitaria" (9).

Deve altresì essere considerato quell'orientamento espresso dalla Corte di Appello di Milano, secondo la quale "Ai fini della configurabilità dell'esercizio di attività da direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c. il ricorso alla presunzione ex art. 2497 sexies c.c. non soddisfa pienamente l'onere probatorio, essendo necessario, per colui che agisce ex art. 2497 c.c., allegare gli elementi costitutivi dell'abuso dell'attività da direzione e coordinamento dovendo provare l'esercizio in fatto dell'eterodirezione con riguardo alle operazioni gestorie contestate" (10).

Tale ultimo principio - espresso addirittura con riferimento alle azioni di responsabilità ex art. 2497 c.c. quale terreno naturale in cui è destinata ad operare la presunzione ex art. 2497 sexies c.c. volta ad agevolare, come si diceva, il socio di minoranza o il terzo creditore, quali soggetti estranei alla gestione della società, nel fornire la prova dell'attività foriera di danno - non può che valere a fortiori nei giudizi di impugnazione del bilancio ex art. 2423, 2479, 2497 bis c.c., quale quello odierno, ove la predetta presunzione risulta senz'altro affievolita.

Învero la società (in tesi) eterodiretta è tenuta *ex lege* a redigere il bilancio non certo sulla base di formali presunzioni previste *ex lege iuris tantum*, ed invece proprio secondo criteri di verità, correttezza e chiarezza in forza dei quali dovrà dare contezza di tale attività - fatto, questo, che la coinvolge direttamente ed è di sua piena conoscenza - solo se realmente esercitata nei suoi confronti.

Con la conseguenza che la mancata indicazione in sede di bilancio delle informazioni sull'attività direttiva svolta nei suoi confronti costituisce attestazione che l'attività stessa, pur formalmente presunta in capo al socio di controllo,

<sup>(5)</sup> Trib. Milano 10 novembre 2014, cit.

<sup>(6)</sup> Trib. Verona 13 luglio 2007, in *Società*, 2008, 1385.

<sup>(7)</sup> Cass. Civ. n. 3936 del 2018; Cass. Civ. n. 21831 del 2005; Cass. Civ. n. 8876 del 2006.

<sup>(8)</sup> Cass. Civ. n. 2527 del 2018; conformi Cass. Civ. n. 9385 del 2000; Cass. Civ. n. 384 del 2007; Cass. Civ. n. 14854 del 2013. (9) Cfr. Trib. Bologna 4 febbraio 2015, n. 16344.

<sup>(10)</sup> Cfr. App. Milano 22 luglio 2020, n. 1949.

non è stata concretamente svolta, attestazione questa capace di imporre all'attore - sul quale pur sempre grava l'onere di dimostrare che il bilancio è stato redatto in violazione dei criteri legali - l'onere di offrire, rispetto alla formale presunzione che lo assiste, ulteriori persuasivi indici dell'esercizio in concreto dell'attività in discussione atti a corroborare e confermare l'esito dell'applicazione della presunzione stessa, indici in mancanza dei quali la prova dell'esercizio dell'attività in questione non può dirsi raggiunta.

Tanto premesso nel caso di specie va osservato che, secondo la prospettazione attorea, lo svolgimento da parte di Dea dell'attività di direzione e coordinamento nei confronti di CH si desumerebbe dalle seguenti circostanze:

- a) la qualità di principale creditore finanziario per un controvalore nominale di Euro 55 milioni;
- b) l'esercizio del diritto di nomina dell'intero Consiglio di Amministrazione di CH;
- c) la titolarità della maggioranza assoluta dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria e straordinaria della Società:
- d) la titolarità di un diritto preferenziale di distribuzione di utili a proprio favore rispetto a tutti i soci, previsto nella clausola Waterfall di cui all'AdR 2018;
- e) l'aver imposto la risoluzione dell'AdR 2018 e la stipula dell'AdR 2020.

Ora, fatta eccezione per la pacifica circostanza *sub* c) che, come visto, è già contemplata all'art. 2359 c.c. come fatto presuntivo in merito all'attività in commento, le altre risultano del tutto neutre non aggiungendo in realtà alcun *quid pluris* rispetto al controllo di diritto per effetto della maggioranza di voti esercitabili in assemblea.

Segnatamente, in relazione alla deduzione sub a) la qualità di creditore - non unico, ma - principale rivestita da Dea denota un rapporto, seppur importante, tra il predetto socio e CH che tuttavia non è espressione di attività gestoria del creditore nei confronti della debitrice. Discorso analogo vale anche in relazione alla circostanza sub b) tenuto conto che l'avere in consiglio di amministrazione esponenti dei soci di maggioranza è espressione del controllo societario da parte del socio, ma ciò non comporta necessariamente ed automaticamente esercizio di attività direttiva del controllante sull'organo gestorio della controllata. Da ciò discende anche l'irrilevanza ai fini del decidere dei provvedimenti dell'autorità Garante della Concorrenza e del Mercato versati da parte attrice (cfr. docc. 15 e 16 att.). Senza considerare poi che è incontestata e pacifica la circostanza che i componenti del Consiglio di Amministrazione di CH nel periodo temporale di rilevanza erano stati votati all'unanimità da tutti i soci presenti alla riunione assembleare del 26 novembre 2019 non è stata contestata da C.; ragion per cui essa andrà ritenuta provata ex art. 115 c.p.c.

In merito alla circostanza sub d), come già osservato dal questo Tribunale nella citata ordinanza di reclamo e che questo Collegio condivide, la clausola Waterfall che secondo C. garantirebbe a Dea un diritto preferenziale di distribuzione degli utili, attiene invece alla

redistribuzione dei pagamenti effettuati da CH e dalle società del Gruppo tra soggetti terzi - in primis creditori finanziari e solo dopo titolari di strumenti finanziari partecipativi e soci -, assetto, questo, che gioca su un piano di assoluta indifferenza rispetto alla attività di etero-direzione.

Né peraltro - contrariamente a quanto sostenuto dal Socio - possono ritenersi rilevanti ai fini dell'accertamento dell'attività in questione le dedotte condotte tenute da Dea sub e) con riguardo alla risoluzione dell'AdR 2018 ed alla stipula dell'AdR 2020, già giudicate da questo Tribunale neutre rispetto all'impugnativa del precedente Bilancio 2019 (in sede di rigetto del reclamo di cui si è detto in narrativa).

Con riferimento ad entrambi gli accordi ed in linea generale vi è da osservare che la negoziazione, la stipula e finanche la risoluzione di tali contratti rientra in un vasto piano di risanamento attestato *ex* art 67 l.f. involgente l'operatività dell'intero gruppo societario cui hanno partecipato tutti i soci della Holding CH e tutti i principali creditori finanziari.

Peraltro, l'attrice non ha nemmeno allegato che gli AdR di cui si discute contenessero anche un patto di direzione e coordinamento a favore di Dea. Ne consegue la tendenziale irrilevanza - rispetto all'asserito esercizio dell'attività di etero direzione in tesi svolta da Dea - delle vicende dedotte da parte attrice in ordine a tali accordi, i quali in alcun modo, in astratto, possono essere confusi con strumenti contrattuali in grado di conferire al creditore rilevante titolo per esercitare attività di direzione e coordinamento ed i cui effetti rimangono circoscritti all'ambito delle operazioni volte al risanamento.

Ciò premesso in via assorbente, si deve comunque sottolineare, in merito alla risoluzione dell'AdR 2018, che parte attrice nella prima memoria ex art. 183, comma 6, c.p.c. non ha contestato quanto allegato da CH ovvero che la risoluzione in commento era imputabile in via esclusiva all'allora A.D. di CH, l'Ing. C. il quale, pochi giorni prima della stipula di detto accordo, di propria unilaterale iniziativa e senza neppure informare il C.d.A. di CH, ha impegnato la Società a supportare la controllata tedesca HSP GmbH (di seguito, "HSP") - a quel tempo anch'essa amministrata dal predetto Ing. C. - sottoposta dal 19 dicembre 2019 ad una procedura di insolvenza di diritto tedesco, con un finanziamento soci di Euro 1,83 milioni, che avrebbe dovuto essere erogato nel mese di giugno 2019, come comprovato dalla missiva del 14 dicembre 2018 prodotta dalla convenuta (cfr. doc. 25 conv.).

Tale iniziativa, sottaciuta a tutti i creditori finanziari di CH, ha condotto Dea a risolvere l'AdR 2018, tenuto conto che sia il Piano HSP che l'accordo sottoscritto in data 17 dicembre 2018 da HSP con la banca Sparkasse Schwerte contenevano previsioni in palese violazione dell'AdR del 2018, come risulta dalla missiva dell'11.08.2019 inviata da Dea a tutte le altre parti senza che sia stata peraltro sollevata alcuna contestazione da CH (cfr. doc. 9 att.). Anche siffatte circostanze non sono state specificamente contestate da parte attrice nella prima difesa utile, ovvero la memoria ex art. 183, comma 6, n. 1, c.p.c., talché vanno

ritenute pacifiche. Anche la stipula del successivo AdR 2020 deve ritenersi indifferente rispetto alla dedotta attività di direzione e coordinamento.

Trattasi di accordo di risanamento sottoscritto da tutti i soci di CH, da Dea e da tutte le banche creditrici del Gruppo (segnatamente, Illimity Bank S.p.A., UBI Leasing S.p.A., Banca Popolare di Sondrio S.c.p.a., Banco BPM S.p.A., Banca Nazionale del Lavoro S.p.A., UBI Banca S.p.A., Credito Valtellinese S.p.A.: cfr. doc. 15 att.), in cui sono coordinati gli interessi della controllante finanziatrice e della controllata finanziata, tale essendo la fisiologica attività gestoria compiuta dal C.d.A. della controllata, senza che emerga alcun elemento indicativo di influenza gestoria da parte della controllante finanziatrice volta a indirizzare l'amministrazione nel senso di una particolare tutela dei suoi interessi, esorbitante l'esecuzione degli AdR costituente come tale preciso dovere in capo agli amministratori di CH.

Lo stesso dicasi con riferimento alle scelte di dismissione di partecipate o di alcuni asset strategici che, pur nella discrezionalità che può aver caratterizzato il consiglio di amministrazione della debitrice su come meglio procedere, si qualificano come atti esecutivi di accordi di risanamento del debito, di adempimento di obbligazioni di CH, anche verso Dea finanziatrice, e non certo atti di gestione di programmi imprenditoriali unilateralmente ed autonomamente influenzati da Dea. È documentato, in particolare, il consenso dell'Ing. C. e di C. alla cessione della divisione meccanica (doc. 9, 10 conv.). Detto in altri termini, una cosa è detenere la maggioranza dei voti esercitabili in assemblea per verificare dall'interno l'adempimento delle obbligazioni assunte da CH con gli AdR - certamente non espressione di scelte gestorie imposte dalla controllante e specifica ragione per la quale Dea è di fatto entrata nel capitale sociale di CH, come usualmente avviene nelle operazioni di private equity tutt'altra cosa è l'esercizio concreto di un potere di ingerenza intenso e pregnante, consistente nel flusso costante di istruzioni impartite dalla società controllante e trasposte all'interno delle decisioni assunte dagli organi della controllata.

Se dunque da un canto il Socio non ha offerto ulteriori indici del concreto svolgimento da parte di Dea dell'attività in discussione rispetto alla presunzione ex art. 2497 sexies c.c., dall'altro la Società convenuta ha allegato l'inesistenza di una serie di circostanze, come visto ritenute dalla giurisprudenza quali indici dell'esercizio dell'attività di eterodirezione - non specificamente contestate da parte attrice e, pertanto, da ritenere provate ex art. 115 c.p.c. - rispetto alle quali il Socio non ha neppure fornito elementi di segno contrario, quali:

- non coincidenza, nel periodo di riferimento del Bilancio impugnato (1° gennaio 2020 -31 dicembre 2020), fra i componenti del Consiglio di Amministrazione di CH e quelli del C.d.A. di Dea (né parte del management team di quest'ultima);
- nel medesimo arco temporale, il Consiglio di Amministrazione di CH non era stato votato soltanto da Dea ma all'unanimità da tutti i soci presenti alla riunione

assembleare del 26 novembre 2019 (fatto non contestato, rilevante *ex* art. 115 c.p.c.);

- l'assenza di direttive impartite da Dea a CH per la predisposizione del bilancio;
- l'assenza di imposizione di strategie commerciali e/o di mercato nei confronti di CH;
- l'assenza di tesoreria tra CH e Dea (c.d. cash pooling), peraltro neppure configurabile in astratto tenuto conto che la governance dei fondi di investimento prevede obbligatoriamente la presenza della banca depositaria che gestisce il servizio di tesoreria del Fondo, anche ai fini della segregazione patrimoniale dei vari comparti;
- l'assenza di regolamenti, procedure e/o norme operative da parte di Dea che abbiano inciso sulle decisioni gestionali di CH.

(omissis)

Nella fattispecie, infatti, da un canto - ed in relazione al motivo sub i) - va esclusa la dedotta violazione dell'art. 2497-bis c.c., non sussistendo alcun obbligo pubblicitario in ordine ad un'attività di etero direzione concretamente non esercitata; dall'altro e con riguardo al motivo sub ii), va ritenuta corretta l'iscrizione dei finanziamenti effettuati dal socio Dea in favore di CH nella voce D.3) del Bilancio 2020 tenuto conto che, in applicazione del principio contabile OICR19 (punti 26, 30), nella predetta voce vanno iscritti i finanziamenti effettuati da un socio che è anche una società controllante, mentre in quella diversa D.11) vanno collocati i debiti verso la controllante che derivino da operazioni commerciali infragruppo, che abbiano una fonte del credito diversa dal finanziamento, come già rilevato da questo Tribunale (cfr. ordinanza del 1-3 aprile 2021, doc. 3, 21 conv.).

\* Parimenti privo di pregio risulta il terzo motivo di impugnazione. Diversamente da quanto dedotto da parte attrice, nel corso dell'assemblea soci del 1º luglio 2021 al Socio sono state fornite delucidazioni congrue e sufficienti rispetto ai quesiti posti dal medesimo. A tali conclusioni si giunge con una mera disamina del relativo verbale assembleare agli atti (cfr. doc. 1 att.).

Segnatamente, in merito alla svalutazione della partecipazione di CH in F. e alla ipotesi di dismissione della partecipazione stessa, il Dott. T., nella sua qualità di amministratore delegato di CH, ha chiarito che: "vi sono trattative in corso per la cessione di tale partecipazione. A questo proposito, precisa che il perfezionamento dell'operazione è subordinato all'ottenimento di un waiver da parte dei creditori finanziari della Società"; "alla luce della potenziale cessione, si è ritenuto prudenzialmente di dover accantonare la svalutazione della partecipazione"; "il contratto di compravendita non è stato ancora perfezionato e che le informazioni relative allo stesso sono soggette a obblighi di riservatezza; nel momento in cui l'operazione sarà finalizzata, a seguito del closing, sarà consentito fornire informazioni a riguardo, ma al momento non è possibile rivelare quale sia il prezzo di cessione pattuito" (cfr. doc. 1 att.).

Il riscontro sul punto appare sufficiente e congruo, senza considerare poi - dato senz'altro assorbente - che la cessione *de qua* è stata formalizzata in via definitiva attraverso il *closing* in data 26 luglio 2021 (all'esito dell'ottenimento

del c.d. waiver da parte dei creditori finanziari del Gruppo, poi rilasciato il 21 luglio 2021) e dunque successivamente alla chiusura del Bilancio 2020 ed alla Delibera impugnata. In ogni caso, la predetta svalutazione, effettuata ai fini prudenziali, è risultata corretta, posto che la vendita di F. è avvenuta (all'esito del procedimento di verifica stabilito per la determinazione del prezzo) senza il versamento di alcun corrispettivo da parte dei venditori, due ex dipendenti della medesima, stante l'elevato indebitamento di questa (i costi di liquidazione di tale società peraltro erano stati stimati in Euro 1,4 milioni circa, come illustrato nel verbale di C.d.A. del 12 marzo 2021: doc. 23 conv.).

Si aggiunga che, contrariamente alle deduzioni formulate da parte attrice, anche la sorte dei crediti infragruppo risulta irrilevante ai fini del Bilancio 2020, posto che, come detto, alla data del 31.12.2020 (quando cioè la vendita di non era neppure ipotizzata), tali crediti erano ancora senz'altro liquidi ed esigibili, sicché, essendo la vendita avvenuta nel 2021, la sede per regolamentare tali aspetti sarebbe stata semmai il successivo bilancio al 31.12.2021.

Con riguardo alle informazioni richieste dal Socio in merito alla scelta di riclassificare le partecipazioni di CH nelle controllate S. e C. (la cosiddetta "divisione metallurgica" di cui il piano 2020 dispone la possibile cessione) da "immobilizzazioni finanziarie" ad "attività finanziarie che non costituiscono immobilizzazioni" il Dott. T. precisava che "si dà atto, dopo una verifica con i revisori contabili di BDO Italia S.p.A., il Progetto di Bilancio rappresenta la situazione al 31 dicembre 2020" (ibidem).

Il riscontro appena riportato, sebbene apparentemente laconico, risulta coerente e congruo.

Come ben noto al Socio, in data 31 dicembre 2020, CH, in qualità di promittente venditore, e M. AG, in qualità di promissario acquirente, avevano stipulato un contratto preliminare di compravendita avente ad oggetto le

suddette partecipazioni in S. e C., con il *closing* previsto entro il 30 maggio 2021.

Proprio in vista di tale cessione la Società aveva proceduto alla riclassificazione in questione tenuto conto che alla data del 31 dicembre 2020 - quale data ultima di rilevanza per il Bilancio 2020 -, le partecipazioni detenute da CH in Siderval e C. non costituivano più "elementi patrimoniali destinati ad essere utilizzati durevolmente" suscettibili di inclusione tra le immobilizzazioni finanziarie ai sensi dell'art. 2424 bis c.c. bensì elementi patrimoniali che, verosimilmente, sarebbero stati ceduti nel breve termine tali, dunque, da rientrare tra le "attività finanziarie che non costituiscono immobilizzazioni". Tuttavia, nel corso del 2021, M. ha deciso di non procedere più all'acquisto di tali partecipazioni, stante talune prescrizioni imposte dal Ministero dello Sviluppo Economico, chiamato ad esercitare le prerogative della disciplina c.d. "Golden Power". Il fatto che il trasferimento di tali partecipazioni non si sia perfezionato nel corso del 2021 non ha alcuna rilevanza ai fini del Bilancio 2020, posto che, pacificamente, tale documento riflette unicamente la situazione della Società al 31 dicembre 2020.

Orbene, il Socio era perfettamente a conoscenza di tale situazione, come da relativa comunicazione della Società in data 28 maggio 2021 di cui si dà atto nella stessa Delibera (cfr. doc. 1 att.) e peraltro nulla ha obiettato circa la correttezza dell'appostazione a bilancio di tali partecipazioni.

Non è dato comprendere dunque in cosa consista la dedotta carenza di informazione del Socio che - in tesi - dovrebbe condurre alla nullità del Bilancio 2020. Anche sotto tale profilo, pertanto, la doglianza appare infondata non ravvisandosi alcuna lesione del diritto del Socio in merito alle informazioni rilevanti ai fini dell'approvazione del Bilancio 2020.

Alla luce delle superiori considerazioni, la domanda attorea deve essere rigettata.

(omissis).

### SGR socio di controllo e informazione contabile di gruppo

di Fabio Nieddu Arrica (\*)

Il commento ricostruisce il caso all'esame del tribunale milanese e si sofferma sui profili sostanziali e probatori dell'esercizio di attività di direzione e coordinamento quale presupposto della applicazione delle speciali norme contabili tese a rappresentare in modo trasparente le relazioni infragruppo.

The commentary reconstructs the case ruled by the Milan court and focuses on the substantive and evidentiary issues of the exercise of management and coordination activities as a prerequisite for the application of the I accounting rules aimed at transparently representing intercompany relations.

<sup>(\*)</sup> Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

#### Il caso e le censure sul bilancio impugnato

Un socio di CH S.p.a. (di seguito anche "la Società") promuove davanti al Tribunale di Milano un giudizio di impugnativa avente ad oggetto la delibera di approvazione del bilancio d'esercizio relativo all'esercizio 2020 (1), censurando la violazione:

- (i) dei principi di chiarezza, verità e correttezza ex artt. 2423, comma 2, e 2497-bis c.c. per la mancata rilevazione dell'attività di direzione e coordinamento (2) esercitata sulla convenuta dal socio di controllo Dea Capital Alternative Funds SGR S.p.a. (di seguito, "Dea"), per conto di un fondo di investimento;
- (ii) dell'art. 2424, comma 1, c.c. nella parte in cui prevede l'obbligo di dare distinta evidenza tra debiti verso soci e debiti verso i soggetti controllanti, posto che nel bilancio impugnato l'indebitamento finanziario nei confronti del socio di controllo veniva qualificato unicamente come debito verso soci, senza indicare la sussistenza del rapporto di controllo diretto tra le due società;
- (iii) del diritto del socio di minoranza attore ad ottenere le informazioni richieste nell'assemblea convocata per l'approvazione di bilancio, posto che le risposte fornite erano risultate inadeguate.

Per mettere a fuoco la vicenda merita precisare che l'assetto societario della Società rappresenta l'esito di un'operazione di *private equity* e di ristrutturazione del debito perfezionatesi nel corso del 2018 - nell'ambito di un piano attestato *ex* art. 67, comma 3, lett. d),

l.fall. - tra la stessa convenuta e i suoi soci, da un lato, e, dall'altro lato, Dea, cessionaria della titolarità di tutti i crediti vantati dalle banche nei confronti di CH. In esecuzione del piano di risanamento e degli accordi di ristrutturazione Dea aveva convertito in capitale sociale di CH una parte dei propri crediti divenendo così titolare di azioni rappresentative di un'aliquota del 26% del capitale sociale; peraltro, nel contesto degli accordi richiamati l'assemblea straordinaria aveva modificato lo statuto di CH con l'assegnazione alle azioni di titolarità di Dea di un voto plurimo, così incrementandone il "peso" nel quorum deliberativo fino al 51,32%.

Successivamente, nel corso del 2020, sorgeva un contenzioso tra Dea, CH e i soci della medesima circa l'esatto adempimento delle reciproche obbligazioni; per l'effetto Dea prima provocava, mediante le dimissioni di due propri esponenti nel consiglio di amministrazione, la decadenza dell'intero consiglio facendo leva sulla clausola statutaria c.d. simul stabunt simul cadent e poi, esercitando il voto plurimo, nominava tutti e sette i componenti del nuovo consiglio di amministrazione. In seguito al rinnovo dell'organo amministrativo, la Società, sotto la guida del nuovo organo amministrativo e l'impulso di DEA quale azionista di controllo, avviava l'elaborazione e la finalizzazione di un secondo piano attestato di risanamento e degli accordi con i creditori funzionali al piano.

(1) Tra i contributi sull'invalidità del bilancio richiamo almeno G. E. Colombo, L'invalidità dell'approvazione del bilancio dopo la riforma del 2003, in Riv. Società, 2006, 935 ss.; G. Strampelli, Commento all'art. 2434-bis, in Commentario Abbadessa-Portale, I, Milano, 2016, 2419 ss.; D. Corrado, Commento all'art. 2434-bis, in Commentario Marchetti-Ghezzi-Bianchi-Notari, Milano, 2006: P. Butturini, L'impugnazione del bilancio, in Trattato Galgano, XLIV, Padova, 2007; G. Marziale, Commento all'art. 2434-bis, in Commentario romano al nuovo diritto delle società, diretto da d'Alessandro, II, 2, Commento agli articoli 2380-2451 del Codice Civile, Padova, 2011, 751; A. Lolli, Commento all'art. 2434-bis, in AA.VV., Delle società. Dell'azienda. Della concorrenza, a cura di D. U. Santosuosso, in Commentario Gabrielli, II, Milano, 2015, 1122 ss.; F. Nieddu Arrica, Commento all'art. 2434-bis, in O. Cagnasso-L. De Angelis - G. Racugno, Il bilancio d'esercizio. Artt. 2423-2435ter, in Commentario Schlesinger, 2018, 733 ss.; M. Natale, Commento all'art. 2434-bis, in AA.VV., Bilancio, a cura di M. Irrera, in Commentario Scialoja-Branca-Galgano, Bologna, 2022, 661 ss.

(2) Nella sterminata letteratura sui gruppi, tra i lavori successivi al 2003 (non relativi alle società pubbliche) v. A. Pavone La Rosa, Nuovi profili della disciplina dei gruppi di società, in Riv. Società, 2003, 765 ss.; P. Abbadessa, La responsabilità della capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione, in Banca, borsa, tit. cred., 2008, I, 279 ss.; C. Angelici, Direzione e coordinamento: casi e questioni, in Giur. comm., 2022, I, 951 ss.; G. Scognamiglio, Motivazione delle decisioni e governo del gruppo, in Riv. dir. civ., 2009, I, 757 ss.; Id., Clausole generali", principi di diritto e disciplina dei gruppi di società, in Riv. dir. priv., 2011, 517 ss.; P. Marchetti, Del dovere di direzione e coordinamento: l'approdo al Codice della crisi di impresa di un tema caro a Paolo Ferro-Luzzi,

in Riv. Società, 2022, 1412 ss.; U. Tombari, II "diritto dei gruppi": primi bilanci e prospettive per il legislatore comunitario, in Riv. dir. comm., 2015, I, 77 ss.; P. Montalenti, I gruppi di società, in Trattato Cottino, IV, 1, Torino, 2010, 1041 ss.; Id., I Gruppi piramidali fra libertà di iniziativa economica e asimmetrie del mercato, in Giur. comm., 2008, I, 329 ss.; d., L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza, in Giur. comm., 2016, I, 111 ss.; G. Racugno, I gruppi di imprese e la disciplina della trasparenza. L'art. 289 del codice della crisi, in Dir. fall., 2024. 1027 ss.; V. Cariello, Commento all'art. 2497-bis, in Commentario Abbadessa-Portale, II, Milano, 2016, 3033 ss.; Id., La pubblicità del gruppo (art. 2497-bis c.c.): la trasparenza dell'attività di direzione e coordinamento tra staticità e dinamismo, in Riv. dir. soc., 2009, I, 466 ss.; M. Ventoruzzo, Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri, in Riv. Società, 2016, 363 ss.; N. Rondinone, Gruppi di società. Direzione e coordinamento, in Trattato Donativi, III, Milano, 2022, 1341 ss.; A. Valzer, Commento all'art. 2497 c.c., in Commentario Abbadessa-Portale, Milano, 2016, 3008 ss.; ld., I gruppi di imprese: analisi comparata tra normativa italiana e tedesca, in Banca, borsa, tit. cred., 2022, I,

Tra gli studi monografici F. Guerrera, La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali, Torino, 2004; U. Tombari, Diritto dei gruppi di imprese, Milano, 2010; A. Valzer, Le responsabilità da direzione e coordinamento di società, Torino, 2011; L. Benedetti, La responsabilità aggiuntiva ex art. 2497, 2° c.c., Milano, 2012; S. Giovannini, La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società, Milano, 2007; F. Nieddu Arrica, I principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale nella prospettiva della tutela dei creditori, Torino, 2016.

In sintesi, a fondamento delle proprie domande, l'attore allega la soggezione della società convenuta all'attività di direzione e coordinamento di Dea, la quale: (a) riveste la qualità di principale creditore finanziario della Società per un controvalore nominale di euro 55 milioni; (b) ha nominato l'intero consiglio di amministrazione di CH; (c) è titolare, per effetto delle azioni a voto plurimo, della maggioranza assoluta dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria e straordinaria; (d) gode di un diritto preferenziale di distribuzione di utili rispetto a tutti gli altri azionisti (in forza di clausola c.d. waterfall (3)). In ragione di tali indici gli amministratori - nella prospettazione attorea - sono tenuti a dare contezza, nel bilancio e nella relativa nota integrativa, dell'eterodirezione della Società, con conseguente invalidità della delibera impugnata. Viene inoltre censurata la rappresentazione dello stato patrimoniale, in quanto il debito verso Dea, che nel 2018 era stato indicato alla voce D.3 come debiti verso soci per finanziamenti, a seguito del cambio di controllo nel 2019, avrebbe dovuto essere iscritto nella voce D.11 debiti verso controllanti.

La difesa della Società si incentra sulla contestazione della propria soggezione ad attività di direzione coordinamento di Dea, elemento che confuta i primi due motivi di impugnazione schematizzati in apertura sub (i) e (ii); in relazione alla terza doglianza attorea circa la mancata o insufficiente risposta ai chiarimenti richiesti in assemblea, la convenuta evidenziava la mancanza di prova: a) della incompletezza o inesattezza delle informazioni ricevute; b) della effettiva induzione in errore della parte attrice o di un pregiudizio economico patito dall'attrice per effetto dalle informazioni ricevute. L'attore domanda altresì la sospensione dell'efficacia esecutiva della delibera, che viene rigettata per difetto del requisito del periculum in mora. Il Tribunale di Milano ritiene infondata l'impugnativa, respinge tutte le domande di parte attrice e condanna quest'ultima alla rifusione delle spese processuali.

Considerato che la censura attorea relativa alla mancanza o inadeguatezza delle informazioni fornite dagli amministratori in sede assembleare viene respinta sul piano fattuale in ragione della completezza delle informazioni accertata dal tribunale alla luce delle prove documentali in atti, il commento si concentra esclusivamente sul concetto e sugli oneri probatori dell'attività di direzione coordinamento e tocca infine il profilo della rappresentazione contabile dei debiti verso la controllante.

# L'attività di direzione e coordinamento quale gestione attiva delle imprese del gruppo

Il fulcro della motivazione è l'accertamento della sussistenza o meno in capo a Dea dell'attività di direzione e coordinamento nei confronti della Società, profilo evidentemente decisivo per valutare la fondatezza delle denunciate violazioni dell'informazione contabile di gruppo. L'assunto di partenza è la nota mancanza di una definizione legislativa dell'attività di direzione e coordinamento, disciplinata dagli artt. 2497 ss. c.c. con riferimento ai connessi obblighi, doveri e responsabilità, oltre che oggetto della presunzione semplice di cui all'art. 2497-sexies c.c. (4), da ultimo ricalcata anche dall'art. 2, comma 1, lett. h), CCII in punto di definizione di gruppo di imprese.

La sentenza prende le mosse dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sul controllo e sui gruppi di imprese (5), secondo cui, perché sussista la direzione e coordinamento non è sufficiente il controllo statico di una o più società ma è necessaria un'attività di effettivo condizionamento dell'autonomia gestionale della controllate concretantesi nell'esercizio di un insieme di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle scelte strategiche ed operative di carattere

dipende dalla permanenza di ulteriori diritti patrimoniali, quali il diritto alla distribuzione di riserve e/o alla distribuzione del residuo attivo di liquidazione". In dottrina N. Abriani, *Il divieto del patto leonino. Vicende storiche e prospettive applicative*, Milano, 1994, 54 ss.; P. Sfameni, *Commento all'art. 2350*,in *Commentario Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari*, Milano, 2008, 263 ss.

(4) A riguardo M. Lamandini, Commento all'art. 2497 sexies, in Commentario Abbadessa-Portale, Milano, 2016, 3131 ss.; A. Niutta, Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497-sexies e 2497-septies c.c.: brevi considerazioni di sistema, in Giur. comm., 2004, I, 983 ss.

(5) V. Cariello, *Tra non controllo e controllo: sul mimetismo e sull'occultamento del controllo c.d. di fatto*, in *Riv. dir. soc.*, 2017, I, 13 ss; v. inoltre M. Lamandini, *Il "controllo". Nozioni e "tipo" nella legislazione economica*, Milano, 1995 e M. Stella Richter, *"Trasferimento del controllo" e rapporti tra soci*, Milano, 1996.

<sup>(3)</sup> Su tali clausole, inter alia, si è pronunciato Consiglio Notarile di Milano, Massima n. 189, Clausole che pongono un "tetto massimo" al diritto agli utili (artt. 2247, 2265, 2350 e 2433 c.c.), 16 giugno 2020: "Sono legittime le clausole statutarie di s.p.a. e di s.r.l. che pongono un 'tetto massimo' al diritto all'utile, quali ad esempio le clausole che prevedono: (i) limiti massimi espressi in misura assoluta, esercizio per esercizio; (ii) limiti massimi espressi in misura relativa, assumendo come parametro un dato variabile, quale ad esempio il capitale sociale o il patrimonio netto; (iii) limiti massimi espressi solo in relazione al tempo, di modo che gli utili di una categoria di azioni o di quote o di determinate quote spettino solo a decorrere da una determinata data. Qualora siffatte clausole siano tali da configurare, a decorrere da un dato momento della vita della società, la sopravvivenza di categorie di azioni o di categorie di quote o di determinate quote del tutto prive del diritto all'utile per l'intera durata residua della società, la loro legittimità

finanziario, industriale e commerciale delle medesime. L'attività di direzione e coordinamento ha necessariamente natura gestoria e si esplica come influenza dominante sulle scelte e determinazioni degli amministratori delle società eterodirette che ne sono i naturali destinatari. In questa prospettiva la sentenza definisce il coordinamento come un sistema di sinergie tra diverse società del gruppo nel quadro di una regia complessiva orientata sull'insieme delle imprese, là dove l'attività di direzione individua una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad impattare sulle decisioni gestorie dell'impresa, ossia sulle scelte strategiche ed operative di natura finanziaria, industriale e commerciale (6).

Il tribunale rammenta quindi le più consolidate e tipiche prassi operative di gruppo, quali la definizione da parte della holding di linee strategiche, di programmi finanziari e produttivi del gruppo, l'approvazione preventiva dei budget annuali delle società eterodirette, la previsione di meccanismi di autorizzazione per l'esecuzione di operazioni straordinarie, mutui o finanziamenti e in generale per tutti gli atti e i contratti di maggiore rilevanza economica, finanziaria e patrimoniale. Ancora, la motivazione richiama la definizione da parte della holding di policy di gruppo, delle regole per l'acquisto di beni e servizi, per la gestione del personale, per la tenuta dei rapporti con enti istituzionali, nonché la costituzione di una tesoreria accentrata di gruppo (c.d. cash pooling) per una più efficiente gestione dei flussi finanziari finalizzata a ridurre i costi e gli oneri nei confronti del sistema bancario.

#### La distribuzione degli oneri probatori sull'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento

Muovendo dalla premessa metodologica della distinzione tra i concetti di gruppo e di controllo azionario (da intendersi in senso biunivoco in quanto, da un lato, vi può essere controllo interno senza gruppo e,

dall'altro lato, seppur meno di frequente, può configurarsi un'attività di direzione e coordinamento fondata unicamente su un rapporto contrattuale, come previsto dall'art. 2359, n. 3, c.c. (7)), il tribunale analizza i profili dell'onere della prova che concernono sia la questione generale dei vizi del bilancio impugnato, sia la specifica disciplina dei gruppi: nel caso in esame, come è evidente, le due questioni sono connesse in quanto la prova della direzione e coordinamento determina necessariamente la prova delle violazioni delle regole sull'informativa contabile di gruppo allegate a fondamento dell'impugnativa, posto che in linea generale, in applicazione dell'art. 2697 c.c. il socio che agisce per la declaratoria di nullità del bilancio d'esercizio ha l'onere di dimostrare i fatti costitutivi delle proprie domande. Condivisibilmente la sentenza muove dalla portata delle presunzioni di cui all'art. 2497-sexies c.c. e dai relativi effetti sulle posizioni processuali delle parti: l'attore è assistito dalla richiamata presunzione iuris tantum la cui funzione è di assistenza della parte debole, in quanto estranea al rapporto di controllo ed alla gestione sociale, in una situazione di asimmetria informativa e quindi giocoforza in difficoltà nel provare le effettive ingerenze della capogruppo. Ciò determina una traslazione in capo alla società convenuta dell'onere di provare il mancato esercizio - da parte della società in tesi capogruppo - di attività di direzione e coordinamento; tuttavia, poiché la prova ha ad oggetto un fatto negativo, deve applicarsi il consolidato orientamento di legittimità secondo cui "non essendo possibile la materiale dimostrazione di un fatto non avvenuto, la relativa prova può esser data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, o anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo" (8). Il collegio si allinea alla consolidata opinione dottrinale e giurisprudenziale favorevole ad ammettere la dimostrazione della neutralità della posizione di controllo e osserva che la legittimazione a provare l'effettivo mancato esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, se applicabile alle azioni di

(6) P. Montalenti, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. Società*, 2007, 321, argomenta una nozione più ampia di attività di direzione e coordinamento, che può configurarsi anche là dove la società partecipata sia "a sovranità limitata". Distinta questione concerne la necessità, ai fini della sussistenza del gruppo, di una pluralità di imprese eterodirette, ovvero della sufficienza anche di una sola controllata; in argomento A. Cetra - G.B. Portale, *Società semplice controllante di società di capitali e attività di direzione e coordinamento*, in *Riv. Società*, 2021, 1085 ss.

(7) Anche per ulteriori riferimenti M. Spadaro, Controllo esterno e responsabilità per abuso da direzione e coordinamento, in Fall., 2022, 577 ss.

(8) Oltre alle decisioni richiamate in motivazione, v. M. Notari-J. Bertone, *Commento all'art. 2359*, in *Commentario Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari*, Milano, 2012, 726. M. Lamandini, cit., 3133 s., argomenta l'ammissibilità di una clausola statutaria preclusiva dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento da parte del socio di controllo che implica un rovesciamento dell'onere della prova a vantaggio della società convenuta in qualità di holding responsabile ai sensi dell'art. 2497 c.c. A. Galgano, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2005, 193, individua quale prova contraria alla presunzione in esame l'iscrizione in bilancio della partecipazione nella controllata nell'attivo circolante invece che nelle immobilizzazioni finanziarie

responsabilità ex art. 2497 c.c. quale terreno naturale in cui opera la presunzione da controllo a gruppo volta ad agevolare il socio di minoranza o il terzo creditore, a fortiori vale nei giudizi di impugnazione del bilancio in cui la presunzione ex art. 2497-sexies c.c. risulta più debole (9).

Enunciate le regole probatorie, il tribunale si sofferma sulle circostanze allegate dall'attore a dimostrazione dell'effettivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, ovvero: a) la qualità di principale creditore finanziario della Società per un controvalore nominale di euro 55 milioni; b) l'esercizio del diritto di nomina dell'intero consiglio di amministrazione della Società; c) la titolarità della maggioranza assoluta dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria e straordinaria; d) la titolarità di un diritto preferenziale di distribuzione di utili, previsto nella clausola waterfall; e) l'esercizio della propria influenza al fine della risoluzione del primo accordo con i creditori e della negoziazione di un secondo accordo. La sentenza sviluppa con coerenza le implicazioni della nozione di attività di direzione e coordinamento enunciata nella prima parte della motivazione e giunge alla conclusione della inidoneità di tutte le circostanze allegate a provare la sussistenza di un gruppo: l'influenza sulla società è infatti una prerogativa fisiologica del socio di controllo che tuttavia non si identifica con quella tipica della capogruppo. In questa prospettiva, premesso che la titolarità della maggioranza dei voti è irrilevante in quanto già contemplata all'art. 2359 c.c., "le altre risultano del tutto neutre non aggiungendo in realtà alcun quid pluris rispetto al controllo di diritto per effetto della maggioranza di voti esercitabili in assemblea". In particolare, la qualità di principale creditore, la nomina di tutti gli amministratori e la posizione privilegiata nella distribuzione dei dividendi operano su un piano di assoluta indifferenza rispetto alla attività di direzione e coordinamento.

La motivazione si sofferma poi sull'influenza esercitata da Dea nel percorso di risanamento della società convenuta - circostanza potenzialmente in grado di provare l'effettivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento - perfezionatosi tramite due accordi intervenuti con i creditori. La sentenza

rileva che la negoziazione, la stipula e finanche la risoluzione di tali contratti rientra in un vasto piano di risanamento attestato ex art. 67, lett. d), l.fall. relativo all'intero gruppo cui hanno partecipato tutti i soci di CH e i principali creditori finanziari e che, in ogni caso l'attrice non ha allegato né provato che i contratti in esame contenessero anche un patto di direzione e coordinamento a favore di Dea. In altri termini, ad avviso del tribunale, la conversione di Dea da creditore a socio di controllo rientra nella causa del risanamento peraltro tipica come può desumersi dall'art. 160, lett. a), l.fall. e oggi dall'art. 87, c. 1, lett. d), CCII - e non assume invece valenza di contratto di dominio, o meglio di coordinamento gerarchico, riconducibile all'art. 2497-septies c.c. (10). Ancora, in merito al periodo successivo alla stipula degli accordi, il collegio dà atto della mancata prova di alcun elemento rivelatore di un'influenza esercitata da Dea mirata a indirizzare la gestione della convenuta nel senso di una speciale tutela dei suoi interessi, esorbitante rispetto all'esecuzione degli accordi, peraltro doverosa per gli amministratori di CH (11).

Infine, il tribunale compara le circostanze addotte dall'attore con una serie di fatti, positivi e negativi, provati dalla convenuta, ritenuti idonei a suffragare presuntivamente l'assenza dell'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento, tra cui:

- non coincidenza, nell'esercizio di riferimento del bilancio impugnato fra i componenti del consiglio di amministrazione di CH e quelli dell'organo amministrativo di Dea (né parte del management team di quest'ultima);
- esercizio del voto di nomina degli amministratori di CH in senso unanime da tutti i soci e non solo da Dea;
- assenza di direttive impartite da Dea a CH per la predisposizione del progetto di bilancio;
- assenza di imposizione di strategie commerciali e/o di mercato nei confronti di CH;
- assenza di servizi di tesoreria tra CH e Dea (c.d. Cash pooling) (12);
- mancata predisposizione da parte di Dea di regolamenti, procedure e/o norme operative che abbiano inciso sulle decisioni di CH.

<sup>(9)</sup> In argomento v. P. Dal Soglio, *La dimostrazione del controllo esterno nelle cause di responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Giur. comm.*, 2024, II, 656 ss.

<sup>(10)</sup> U. Tombari, Commento all'art. 2497 septies, in Commentario Abbadessa-Portale, Milano, 2016, 3137 ss.

<sup>(11)</sup> Il profilo sostanziale degli interessi perseguiti è valorizzato dalla giurisprudenza nell'ottica della diversa questione della

individuazione della holding di fatto; tra le decisioni più recenti Cass. Civ. 4 gennaio 2024, n. 204.

<sup>(12)</sup> M. Miola, Tesoreria accentrata nei gruppi di società e capitale sociale, in AA.VV., La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capitali. Studi in onore di Giovanni E. Colombo, Torino, 2011, 36 ss.; A. Daccò, L'accentramento della tesoreria nei gruppi di società, Milano, 2002; A. Borselli, I finanziamenti infragruppo. Diritto interno e profili transnazionali, Milano, 2022.

### L'orientamento dei giudici milanesi sulla SGR socio di controllo

La decisione annotata tocca il tema - di forte ricaduta operativa in considerazione della crescita delle operazioni di private equity - dell'applicabilità alle SGR della disciplina civilistica dell'attività di direzione e coordinamento (13), su cui il Tribunale delle Imprese di Milano si era già pronunciato. Una prima decisione, emessa a definizione di una controversia in punto di responsabilità da eterodirezione abusiva azionata dal socio di minoranza (14), ha affermato che le SGR "rispondono dell'attività di direzione e coordinamento anche nel caso in cui le partecipazioni attraverso le quali viene esercitato il controllo appartengano ad un fondo di investimento da loro gestito". La sentenza richiamata, alla luce del disposto dell'art. 36 T.U.F., evidenzia come la capacità di disporre dei beni, rectius delle partecipazioni, inclusi nel fondo e il potere di gestione dei fondi stessi siano in capo alla SGR: "[...] è proprio nell'esercizio di questo potere che ben può manifestarsi ed essere esercitato quello, in esso incluso (eventualmente in quanto espressione dell'effettiva posizione di controllo), di esercitare direzione e coordinamento della società partecipata" (15); di qui la negazione che l'attività di direzione e coordinamento - e la conseguente responsabilità - possa imputarsi ai fondi in quanto privi di soggettività giuridica e della capacità di agire con riferimento alle partecipazioni di cui sono titolari. Gli art. 2497 ss. c.c. sono quindi applicabili alla SGR, fermo l'onere dell'attore-socio della controllata che alleghi di essere stato pregiudicato dall'abusiva eterodirezione di provare: i) l'effettivo e concreto esercizio dell'attività di direzione e coordinamento (che potrebbe non sussistere laddove la SGR si limiti a esercitare le prerogative del socio di controllo senza una gestione attiva della portfolio company); ii) l'antigiuridicità della condotta della capogruppo-SGR, cioè la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale; iii) l'evento-danno, ovvero il pregiudizio arrecato al valore o alla redditività della partecipazione del socio della società eterodiretta; iv) il nesso di causalità tra condotta e danno.

Una seconda pronuncia di poco successiva (16) ha affermato i medesimi principi in punto di imputazione alla SGR della direzione e coordinamento sulle società partecipate dai fondi di investimento dalla stessa gestiti e di conseguente responsabilità *ex* art. 2497 c.c. solo ove la SGR abbia effettivamente esercitato l'attività di *holding*.

La sentenza in commento - allineata ai due precedenti richiamati, nonché ad un'ulteriore decisione della Corte di Appello di Milano, citata in motivazione (17) - si colloca quindi in un consolidato orientamento dei giudici milanesi favorevole all'applicazione delle regole dei gruppi alle SGR operanti come holding, ma rigoroso nell'escludere qualsiasi automatismo, sul piano sostanziale e probatorio, tra il piano del controllo e quello del gruppo, secondo un'interpretazione che appare coerente con il disposto dell'art. 2729 c.c. in punto di presunzioni semplici (18) e armonica con le dinamiche decisionali delle SGR nelle operazioni di private equity. Infatti in questi ipotesi, da un lato, la SGR socio di maggioranza è (anche) uno dei primari creditori della controllata (19); dall'altro lato, è fisiologico che i gestori del fondo esercitino la propria influenza su singole

<sup>(13)</sup> In generale, sui profili di tensione tra prassi finanziaria e diritto societario, M. Stella Richter, Governo e organizzazione delle società di gestione del risparmio, in Riv. Società, 2016, 104 ss.; L. Enriques - C. Nigro, Venture capital e diritto societario italiano: un rapporto difficile, in AGE, 2021, 149 ss.; P. Spolaore, Gestione collettiva del risparmio e responsabilità, in Riv. Società, 2015, 1138 ss. Nella prospettiva della giustapposizione e del conflitto tra attività di holding e gestione del risparmio, F. Vella, Le società holding, Milano, 1993, 84 ss. Un'accurata ricostruzione in S. Corso, Società di gestione del risparmio e attività di direzione e coordinamento nei confronti delle società partecipate dai fondi gestiti, in Banca, borsa, tit. cred., 2019, II, 602 ss.

<sup>(14)</sup> Trib. Milano 4 maggio 2017, in www.giurisprudenzadel-leimprese.it.

<sup>(15)</sup> La dottrina distingue tra i piani dell'esercizio formale della direzione e coordinamento (SGR) e della imputabilità dei relativi obblighi risarcitori (fondo di private equity o venture capital) evidenziando come il mandato conferito dagli investitori al gestore (cfr. art. 36, comma 3, T.U.F.) ricomprenda l'individuazione delle partecipazioni ritenute appetibili (oggetto di acquisizione e poi di smobilizzo al termine dell'investimento), nonché la gestione attiva di tali partecipazioni e giocoforza l'influenza sulle scelte imprenditoriali delle portfolio companies. V. a riguardo L. Criscuolo, *Gli* 

intermediari finanziari non bancari. Attività, regole e controlli, Bari, 2003; L. Ardizzone, L'esercizio dell'attività di impresa nel private equity, Milano, 2019; G. Ferri jr, Soggettività giuridica e autonomia patrimoniale nei fondi comuni di investimento, in Rivista ODC, 2015, 3 ss.; P. De Biasi, Sulla configurabilità dell'attività di direzione e coordinamento da parte di una SGR, per conto del fondo chiuso gestito, in Riv. dir. impr., 2019, 213 ss.

<sup>(16)</sup> Trib. Milano 9 gennaio 2018, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2019, 594 ss.

<sup>(17)</sup> App. Milano 22 luglio 2020, n. 1949, consultabile nelle banche dati.

<sup>(18)</sup> Come noto, l'utilizzazione delle presunzioni semplici rientra nell'attività discrezionale del giudice di merito, sottratta al sindacato di legittimità a meno che non emerga un'assoluta illogicità e contraddittorietà nella motivazione della decisione; in questo senso, tra le più recenti, Cass. Civ. 15 ottobre 2024, n. 26752. Cass. Civ. 2 ottobre 2024, n. 25913 ha statuito nel senso che il giudice deve seguire un procedimento logico che preveda l'analisi di tutti gli elementi indiziari rilevanti e la valutazione complessiva di essi per verificare la validità della prova presuntiva.

<sup>(19)</sup> L'assunzione di un ruolo di holding da parte della SGR potrebbe avere una sua razionalità economica nell'ottica di una gestione coordinata di più partecipate: sul punto F. Nieddu Arrica,

decisioni o operazioni di particolare interesse delle partecipate in quanto ciò risponde alla logica della gestione collettiva del risparmio senza peraltro integrare l'attività di *holding* con le connesse responsabilità (20).

Con questa chiave di lettura può valorizzarsi il passaggio della motivazione della decisione che rimarca la distinzione tra i due profili: "una cosa è detenere la maggioranza dei voti esercitabili in assemblea per verificare dall'interno l'adempimento delle obbligazioni assunte da CH con gli AdR - certamente non espressione di scelte gestorie imposte dalla controllante e specifica ragione per la quale Dea è di fatto entrata nel capitale sociale di CH, come usualmente avviene nelle operazioni di private equity - tutt'altra cosa è l'esercizio concreto di un potere di ingerenza intenso e pregnante, consistente nel flusso costante di istruzioni impartite dalla società controllante e trasposte all'interno delle decisioni assunte dagli organi della controllata". Incidentalmente la sentenza registra l'impossibilità giuridica di un'attività di cash pooling da parte della SGR per le società da queste controllate in ragione della inderogabile gestione da parte della banca depositaria del servizio di tesoreria del fondo e del regime di segregazione patrimoniale dei vari comparti (21).

#### La posizione degli amministratori della controllata nella redazione del progetto di bilancio

L'ultima massima concerne la posizione degli amministratori di una società di capitali controllata da un'altra società, i quali, in applicazione dei generali criteri di verità, correttezza e chiarezza devono redigere il progetto di bilancio non sulla base di presunzioni legali iuris tantum, bensì della situazione di fatto riscontrata nell'esercizio di riferimento, di cui hanno diretta conoscenza (22). L'organo amministrativo è quindi tenuto a dare contezza delle relazioni infragruppo nel rispetto delle norme codicistiche e dei principi contabili (23) solo ove l'attività di direzione e coordinamento sia effettivamente stata esercitata. Pertanto la mancata rilevazione in bilancio o nei relativi allegati delle informazioni sull'attività direttiva svolta nei suoi confronti costituisce attestazione che l'attività di holding, pur formalmente presunta in capo al socio di controllo dall'art. 2497-quinquies c.c., non è stata svolta (24). Grava allora sull'attore che impugni il bilancio l'onere di dimostrare la violazione di diritto contabile e quindi fornire precisi indici del concreto esercizio dell'attività di direzione e coordinamento idonei a rafforzare il ragionamento presuntivo codificato dal legislatore.

La sentenza chiarisce infine la portata del principio Oic n. 19 (parr. 13 e 17 nella versione agosto 2014) (25) e statuisce nel senso che l'iscrizione nella voce D.3) del passivo dello stato patrimoniale dei finanziamenti effettuati alla controllata dal socio di controllo è conforme al richiamato principio contabile, là dove i debiti verso la controllante derivanti da operazioni commerciali infragruppo diverse dal finanziamento (26) vanno iscritti nella voce D.11). Peraltro può annotarsi che la censura svolta dall'attore sul bilancio impugnato - ipotetica violazione dell'art. 2424, comma 1, c.c. in ordine

Partecipazioni di controllo, gestione "attiva" delle portfolio companies e attività di direzione e coordinamento, in AGE, 2021,

(20) Lo evidenzia S. Corso, *Società di gestione del risparmio*, cit., 609.

(21) G. Racugno, SGR e contabilità del fondo, in Giur. comm., 2016, I, 528 ss.

(22) In una più ampia prospettiva C. Cincotti, *Il progetto di bilancio nel governo della società per azioni*, Milano, 2022,111 ss.

(23) In generale, sull'informazione contabile di gruppo, v. G.E. Colombo, *Bilancio d'esercizio e consolidato*, in *Trattato Colombo-Portale*, Torino, 1994, 157 ss.; L.A. Bianchi, *Informazione societaria e bilancio consolidato di gruppo*, Milano, 1990, 308 ss.; Id., *Note sulla nozione di "controllo" nei principi contabili internazionali IAS/IFRS in materia di bilancio consolidato*, in *Riv. Società*, 2011, 253 ss.; G. Racugno, *Bilancio e libri sociali*, in *Società di capitali*, diretto da R. Rordorf, Milano, 2019, 201 ss.; Id., *Il bilancio consolidato*, in *Dir. aff.*, 2017, 97 ss.; G. Strampelli, *Il bilancio consolidato*, in *Trattato Rescigno*, 16\*\*\*, Milano, 2011, 657 ss.

(24) Viceversa, qualora le informazioni contenute nel bilancio e nella relazione sulla gestione attestino l'attività di direzione e coordinamento la prova di tale circostanza di fatto non è ragione-volmente contestabile: così Trib. Venezia 21 aprile 2011, in Banca, borsa, tit. cred., 2012, II, 222, con nota di G. Balp, Questioni in tema di postergazione ex art. 2467 e 2497 quinquies; tuttavia la

presunzione non opera quando il consolidamento dei bilanci sia frutto di una scelta volontaria: in questo senso Trib. Milano 10 novembre 2014, in questa *Rivista*, 2015, 1377.

(25) Oic n. 19, Debiti, par. 13 "Debiti verso soci per finanziamenti. La voce D3 contiene l'importo di tutti i finanziamenti concessi dai soci alla società sotto qualsiasi forma, per i quali la società ha un obbligo di restituzione. Non è rilevante la natura fruttifera o meno di tali debiti, né l'eventualità che i versamenti vengano effettuati da tutti i soci in misura proporzionale alle quote di partecipazione. L'elemento discriminante va individuato esclusivamente nel diritto dei soci alla restituzione delle somme versate. Per questa tipologia di versamenti il loro eventuale passaggio a capitale necessita della preventiva rinuncia dei soci al diritto alla restituzione, trasformando così il finanziamento in apporto. Nella voce D3 sono iscritti i finanziamenti effettuati da un socio che è anche una società controllante".

Par. 17. "Debiti verso fornitori. La voce D7 accoglie i debiti originati da acquisizioni di beni o sevizi. La voce accoglie anche i debiti per fatture da ricevere nella misura in cui i relativi rischi, oneri e benefici significativi connessi alla proprietà dei beni sono stati trasferiti, ovvero i servizi sono stati resi. I debiti verso i fornitori nei confronti di imprese controllate, collegate o controllanti sono iscritti rispettivamente nelle voci D9, D10 e D11".

(26) Tra i numerosi studi in argomento, M. Campobasso, La disciplina dei finanziamenti dei soci postergati dopo il correttivo al

alla contabilizzazione dei debiti verso soci per finanziamenti (voce D.3) in luogo di debiti verso controllanti (voce D.11) - anche ipotizzando l'effettivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, potrebbe non superare la valutazione di rilevanza o significatività (27), come definite dal principio Oic

n. 11, parr. 36 ss., con conseguente mancanza dell'interesse a promuovere l'impugnazione ove la violazione contabile risulti marginale e ragionevolmente "inidonea a influenzare le decisioni prese dai destinatari primari dell'informazione di bilancio".

codice della crisi, in Banca, borsa, tit. cred., 2021, I, 171 ss.; M. Maugeri, Finanziamenti "anomali" dei soci e riorganizzazione dell'impresa nel codice della crisi, in Riv. dir. comm., 2020, I,129 ss.; D. Scano-L. Tronci, Finanziamenti e versamenti dei soci nelle società partecipate, in Giur. comm., 2018, II, 175 ss.

(27) V. a riguardo P. Butturini, *L'impugnazione*, cit., 115 ss., e S. Marci, *Il giudizio di* materiality *nel bilancio di esercizio*, in *Giur. comm.*, 2023, I, 118 ss.

#### Stima

# Il valore informativo di un prezzo non vincolante nella stima del valore di mercato

di Mauro Bini (\*)

Ai sensi dei principi di valutazione la stima del valore di un'azienda deve fondarsi su una base informativa completa. La completezza della base informativa riguarda l'analisi di tutta l'informazione rilevante, anche di quella che sembrerebbe contrastare con i risultati della stima. È compito dell'esperto riconciliare quella informazione con i risultati della propria stima, considerata la particolare configurazione di valore, l'unità di valutazione, la finalità della stima stessa. Vi sono tuttavia casi in cui l'informazione a disposizione sembra perfettamente allineata alla finalità della valutazione richiesta all'esperto ed al contempo molto disallineata rispetto al risultato della stima. Fra questi casi spicca l'evidenza di offerte di prezzo non vincolanti nell'ambito di processi di vendita. Si tratta di "false friends" - per usare un termine in uso in linguistica. I "false friends" sono termini inglesi che assomigliano a termini della lingua italiana, ma rivestono un significato completamente diverso (ad esempio terrific, actually, parents, ecc.). I prezzi non vincolanti nell'ambito di manifestazioni di interesse non sono stime di prezzi probabili formulate da soggetti informati e soffrono di una sistematica distorsione verso valori elevati, rispetto ai prezzi cui poi giungono i deal. L'articolo analizza le ragioni per cui un prezzo non vincolante non abbia valore informativo.

According to the valuation standards, a valuation must be based on a complete informational foundation. The completeness of this informational foundation entails the analysis of all relevant data, including that which might seem to contradict the valuation results. It is the expert's responsibility to reconcile such information with the outcomes of their valuation, considering the specific configuration of value, the unit of valuation, and the purpose of the appraisal. However, there are cases where the available information appears perfectly aligned with the objectives of the valuation requested from the expert but significantly misaligned with the valuation's results. One prominent example is the evidence of non-binding price offers in the context of sales processes. These can be described as "false friends"-to borrow a term from linguistics. False friends are English words that resemble Italian terms but carry entirely different meanings (e.g., "terrific," "actually," "parents," etc.). Non-binding price offers in expressions of interest are not estimates of probable prices formulated by informed parties; instead, they are systematically distorted toward excessively high values compared to the prices eventually achieved in deals. This article examines the reasons why a non-binding price offer lacks informational value.

#### Introduzione

Il processo di vendita di un'azienda, di un ramo di azienda o di un bene complesso impone tanto al compratore quanto al venditore costi e tempi non trascurabili, oltre ad esporre le parti a rischi rilevanti. Al di fuori di operazioni win-win in grado di generare

valore tanto per il venditore quanto per il compratore, le operazioni di M&A possono condurre a trasferimenti di ricchezza fra le parti. Ciò per via del fatto che normalmente il venditore dispone di un vantaggio informativo rispetto all'acquirente che, quest'ultimo non può mai colmare per intero. Più rari

<sup>(\*)</sup> Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

# Valutazioni e bilancio Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l. **Opinioni**

sono i casi in cui l'acquirente disponga di un vantaggio informativo rispetto al venditore - ad esempio perché gran parte del valore dell'entità in vendita è funzione delle sinergie che l'acquirente stesso è in grado di realizzare, oppure perché l'entità in vendita è un fornitore o un cliente del potenziale acquirente, ecc. Anche in questi casi è difficile per la controparte venditrice colmare l'asimmetria informativa.

Una transazione che richiede costi, tempi e rischi rilevanti, impone l'adozione di soluzioni in grado di evitare alle parti sprechi di risorse senza giungere a chiudere il deal. Per questa ragione nelle prime fasi di avvio del processo di vendita il venditore (generalmente tramite il suo advisor) sollecita potenziali acquirenti a manifestare il loro eventuale generico interesse all'acquisto, cui far seguire l'accesso ad un primo set di informazioni preliminari dietro l'assunzione di impegni di riservatezza. I potenziali acquirenti sono quindi invitati a trasmettere una manifestazione di interesse nella forma di lettera di intenti o di offerta indicativa. Si tratta di lettere che riportano - oltre alla indicazione del perimetro di interesse, alla struttura della transazione, alle caratteristiche del potenziale investitore e degli eventuali co-investitori, alle modalità di finanziamento dell'acquisto, ai tempi di svolgimento della due diligence - un'indicazione di prezzo non vincolante ed il suo razionale. La lettera di intenti (o l'offerta indicativa) costituisce il primo passo attraverso il quale un potenziale acquirente segnala il proprio interesse senza assumere alcun obbligo legale e quindi nessun rischio. Le manifestazioni di interesse non vincolanti hanno natura esplorativa: infatti, migliori opportunità, una migliore conoscenza dell'azienda o del ramo di azienda o del bene in vendita, condizioni di mercato diverse potranno annullare l'interesse all'acquisto senza alcuna conseguenza negativa per il potenziale offerente. Al contempo le manifestazioni di interesse svolgono la funzione di aprire la porta al dialogo con il venditore e normalmente enfatizzano gli aspetti positivi del business o del bene in vendita allo specifico scopo di suscitare nel venditore una favorevole predisposizione al dialogo e si caratterizzano per una apertura collaborativa allo scopo di costruire una relazione positiva con il venditore.

Nonostante la natura non vincolante dell'offerta, il prezzo ha sempre un impatto psicologico sul venditore che può reagire in modi molto diversi, dall'entusiasmo per l'interesse suscitato all'ansia per la natura non vincolante delle offerte, dalla convinzione che si tratti di sincero interesse all'acquisto al sospetto che si tratti solo di soggetti alla ricerca di informazioni private. Comunque sia, l'offerta non vincolante è il "calcio d'inizio" che getta la palla nel campo del venditore dando avvio ad un "gioco" molto complesso in cui si intersecano aspetti di tattica negoziale, di gestione del rischio, di comportamenti opportunistici o di fiducia fra le parti.

Un problema frequente nell'ambito della valutazione di azienda è rappresentato dal valore informativo da attribuire alle offerte di prezzo non vincolanti. L'esperto chiamato a stimare il valore di un'azienda o di un ramo di azienda o di un bene per il quale sono state formulate offerte di acquisto non vincolanti, in che misura deve considerare tali offerte? La presenza di una o più manifestazioni di interesse non vincolanti rappresenta un riferimento del valore di mercato dell'azienda o del ramo o del bene posto in vendita di cui tenere conto? Può la stima di valore di mercato dell'esperto divergere anche significativamente dal prezzo non vincolante senza per questo motivo risultare irragionevole?

L'articolo vuole rispondere a questi interrogativi frequentemente fonte di contrapposte visioni da parte degli esperti e degli utilizzatori della valutazione. La presenza di offerte non vincolanti costituisce per l'esperto chiamato alla stima del valore di un'azienda una lama a doppio taglio: da un lato i prezzi non vincolanti sono indice di interesse all'acquisto, dall'altro non rappresentano prezzi fatti e sono quindi soggetti ad elevata incertezza.

A questi fini occorre innanzitutto analizzare le logiche sottostanti alla formazione del prezzo non vincolante.

#### Le logiche sottostanti alla formazione del prezzo non vincolante

Per comprendere le logiche sottostanti alla formazione del prezzo non vincolante, occorre considerare due aspetti principali:

- a) l'asimmetria informativa fra le parti;
- b) l'impatto psicologico sul venditore.

Il prezzo non vincolante è formulato dal potenziale acquirente in assenza di pienezza di informazioni. La maggior parte delle volte il razionale del prezzo si fonda su un multiplo di borsa, desunto da società più o meno comparabili, maggiorato di un premio. È un prezzo relativo fondato sulla base di assunzioni ipotetiche che dovranno essere confermate o smentite dall'analisi successiva con l'accesso alla data-room, con la due diligence, ecc.

In linea teorica un acquirente consapevole del proprio svantaggio informativo qualora fosse chiamato a formulare un prezzo vincolante userebbe la massima

cautela e quindi applicherebbe uno sconto al prezzo ritenuto corretto a compensazione del maggiore rischio cui si espone. Nella maggior parte dei casi, poi, non formulerebbe neppure un prezzo, consapevole che in assenza di garanzie adeguate, lo svantaggio informativo lo renderebbe sempre perdente. Se il venditore accettasse il prezzo offerto dall'acquirente, nonostante il forte sconto implicito nel prezzo, significherebbe che il valore "vero" dell'azienda sarebbe inferiore. Come ben illustrato dalla teoria (del mercato dei "bidoni") di Akerlof (1).

Quando tuttavia il potenziale acquirente è chiamato a formulare un prezzo non vincolante per poter accedere alle fasi successive del processo di vendita, l'asimmetria informativa opera in senso diametralmente opposto. Infatti, il potenziale acquirente è incentivato a formulare un prezzo elevato, subordinandolo ad un insieme di condizioni da verificare e che, comunque, anche qualora fossero verificate non lo impegnano in nessun modo, per poter accedere alla fase successiva della negoziazione. La non binding offer permette al potenziale acquirente, da un lato, di ritirarsi in qualsiasi momento dalle fasi successive della negoziazione o della trattativa senza costi e, dall'altro, di accedere all'informazione necessaria a comprendere le aspettative del venditore ed il prezzo minimo accettabile per il venditore stesso. La natura esplorativa e non vincolante dell'offerta, sconsiglia la formulazione di un prezzo contenuto, in quanto potrebbe pregiudicare l'accesso alle fasi successive senza alcun vantaggio concreto in contropartita. L'offerta deve essere attrattiva per emergere rispetto alle offerte degli altri possibili investitori ed in quest'ambito il prezzo non vincolante deve rappresentare un segnale di conforto per il venditore. Non avrebbe alcun senso creare tensione nella fase iniziale di avvio dei contatti.

Di tutto ciò è perfettamente consapevole il venditore che quindi interpreta il prezzo non vincolante come un prezzo massimo realizzabile. Infatti, nei casi in cui le manifestazioni di interesse mostrassero prezzi pari o anche lievemente inferiori al valore minimo che il venditore ritiene corretto, il venditore interromperebbe il processo di vendita, consapevole che il prezzo finale non potrebbe che essere inferiore al prezzo non vincolante dell'offerta iniziale. Le offerte non binding lasciano spazio alla negoziazione, ma solo nella direzione di una revisione al ribasso del prezzo (2). Nelle fasi del processo di vendita successive alle offerte non binding il potere contrattuale del venditore si riduce drasticamente. Il compratore solleverà eccezioni tutte nella direzione di una riduzione di prezzo.

Per questa ragione il prezzo non vincolante è normalmente formulato muovendo da multipli medi di società o di transazioni comparabili ai quali è applicato un premio di dimensioni molto importanti (anche oltre il 100%). La media dei multipli dimostra la conoscenza dei prezzi di mercato da parte del compratore e fornisce la base "ragionevole" del prezzo, mentre il premio fornisce un'indicazione della desiderabilità (genuina o non genuina) dell'azienda in vendita da parte del potenziale acquirente e la disponibilità dell'acquirente a non applicare misure di valore standard. Elevando il premio, prezzi anche elevati finiscono per sembrare ragionevoli, specie quando accompagnati da indicazioni di strategie di valorizzazione specificamente legate all'acquirente. Infatti, con riguardo alle sinergie realizzabili dall'acquirente è il venditore a trovarsi in una condizione di svantaggio informativo.

Naturalmente il potenziale acquirente (non sincero) non ha interesse a formulare un prezzo esageratamente elevato, perché così facendo svelerebbe la natura non genuina della propria offerta. Le manifestazioni di interesse non genuine riguardano soggetti che non sono realmente interessati all'acquisto, ma solo ad accedere ad informazioni riservate (fishing for information). Esempi di offerte non genuine riguardano in genere acquirenti industriali o loro advisor interessati esclusivamente a raccogliere informazioni sull'azienda (concorrente o cliente o fornitrice) in vendita.

Sulla base di queste considerazioni, il prezzo non vincolante non sembrerebbe costituire un valido riferimento del valore di mercato dell'azienda in vendita. Tuttavia, ci si potrebbe interrogare se la presenza di più manifestazioni di interesse da parte di soggetti diversi che convergono su un range di prezzi non vincolanti non discosti fra loro, possa accrescere la capacità segnaletica del vero valore di mercato dell'azienda in vendita.

#### Il caso delle manifestazioni di interesse convergenti

Consideriamo il caso nel quale il venditore riceva sei offerte, due delle quali con prezzi disallineati rispetto alle altre (una con indicazione di prezzo molto più elevato e una con indicazione di prezzo molto

<sup>(1)</sup> George A. Akerlof, The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism, in The Quarterly Journal of Economics, Vol. 84, No. 3 (Aug., 1970), 488-500.

<sup>(2)</sup> Con la sola eccezione dei meccanismi di aggiustamento prezzo, quali ad esempio una variazione di posizione finanziaria netta, che possono aumentare il prezzo.

# Opinioni

contenuto). Rimangono quattro offerte con prezzi fra loro poco discosti. La convergenza di prezzi non vincolanti configura una sorta di consenso fra i potenziali acquirenti di quello che potrebbe essere il prezzo massimo riconoscibile nella transazione. In questi casi il prezzo di consenso (media dei prezzi delle offerte più allineate fra loro) fornisce un valido riferimento del valore di mercato? Ancora una volta la risposta deve essere negativa. Il valore di mercato è il prezzo più probabile che si potrebbe formare in una negoziazione fra parti informate, mentre il prezzo non vincolante è un prezzo indicativo formulato da parti non informate. La formulazione dell'offerta non vincolante presuppone infatti che tutti i soggetti sollecitati a presentare la manifestazione di interesse abbiano accesso alla medesima (limitata) informazione. Una media di prezzi (poco informati) non può costituire un consenso informato. I prezzi veicolano l'informazione che li alimenta e se manca informazione veicolano convenzioni. La circostanza che convenzionalmente i prezzi non vincolanti si formino sulla base di uno schema standard molto diffuso, multipli medi di società comparabili + premio molto elevato, fa sì che raramente i prezzi non vincolanti siano inferiori al doppio dei multipli medi di mercato (ossia che i premi siano inferiori al 100%). Ma si tratta di mere convenzioni che garantiscono al potenziale acquirente di accedere alle fasi successive della negoziazione. Quale venditore di un'azienda mediamente attrattiva negherebbe mai la partecipazione alle fasi di negoziazione successive a chi formulasse multipli doppi rispetto alla media delle società comparabili? La convenzione consente al potenziale acquirente non sprovveduto e dotato di sufficiente credibilità di raggiungere l'obiettivo di non essere escluso dalla fase di accesso all'informazione necessaria per formulare l'eventuale offerta vincolante. Dunque, anche la presenza di più prezzi non vincolanti convergenti non costituisce un riferimento affidabile del valore di mercato dell'azienda o del ramo o del bene in vendita. A questo punto ci si può chiedere se nei casi in cui il venditore riceve una sola manifestazione di interesse, il prezzo non vincolante possa costituire un riferimento valido. Se infatti il potenziale acquirente sapesse o prefigurasse con elevata probabilità di essere l'unico a formulare una manifestazione di interesse non avrebbe alcun interesse a formulare un prezzo elevato. Infatti, da un lato non rischierebbe di essere escluso a favore di altri nelle fasi successive della negoziazione essendo l'unico potenziale acquirente e dall'altro eviterebbe di sostenere costi inutili di analisi quando il prezzo che sarebbe disposto a riconoscere effettivamente fosse rifiutato dal venditore.

# Il caso dell'unica manifestazione di interesse

Il caso di un'unica manifestazione di interesse è indice della ridotta saleability dell'attività in vendita. Ciò può accadere perché ad esempio oggetto di vendita non è l'intera azienda, ma una partecipazione, oppure perché l'azienda in vendita ha dimensioni troppo limitate che non consentono di essere di interesse per i potenziali investitori, oppure più semplicemente perché l'azienda in vendita non fornisce alcuna possibilità di valorizzazione da parte dell'acquirente o ancora perché vi è ampia disponibilità sul mercato di aziende simili. In tutti questi casi, in linea astratta, il potenziale acquirente potrebbe essere tentato di formulare un prezzo non vincolante più contenuto possibile. Ma ciò non accade perché il potenziale acquirente è consapevole che il venditore non è costretto a vendere ed un processo di vendita razionale presuppone che il venditore disponga di una stima del valore dell'azienda o del ramo o del bene a sue mani. In qualunque disinvestimento, specie di attività a ridotta saleability, il venditore è chiamato a confrontare il valore che può ritrarre dal mantenere l'attività con il prezzo offerto. Se la manifestazione di interesse mostrasse un prezzo non vincolante inferiore al valore d'uso dell'azienda in vendita, il processo di vendita si interromperebbe comunque. Per questa ragione anche quando il potenziale acquirente prevede di essere l'unico soggetto a formulare un'offerta indicativa, preferisce adottare la logica del prezzo elevato, in quanto è la soluzione che gli permette di accedere alle fasi successive della negoziazione attraverso le quali conoscere o stimare ragionevolmente il prezzo limite al di sotto del quale la controparte venditrice preferisce non rinunciare alla proprietà dell'azienda o del bene in vendita.

Sin qui sono state svolte considerazioni in merito alla formulazione di prezzi non vincolanti da parte di soggetti con un accesso ad informazioni limitate. In alcuni casi, tuttavia, la credibilità dei soggetti che formulano la manifestazione d'interesse presuppone prima della formulazione di un prezzo non vincolante la condivisione con i potenziali acquirenti di un piano aziendale (o di una sua sintesi). Si tratta delle proiezioni delle principali variabili di conto economico e di flussi di cassa, finalizzate a rappresentare le potenzialità dell'azienda. In questi casi il

prezzo non vincolante può costituire un riferimento valido del valore di mercato dell'azienda?

#### I prezzi non vincolanti nel caso di condivisione del piano del venditore

Quando il venditore ha condiviso con i potenziali acquirenti i principali "numeri" del piano, le manifestazioni di interesse fanno esplicito riferimento anche al piano del venditore nella spiegazione del razionale del prezzo non vincolante, sia pur indicando che il prezzo presuppone che il piano sia poi ragionevolmente supportato dalla successiva due diligence. Il piano del venditore è un piano che illustra le potenzialità dell'azienda, ossia enfatizza gli elementi positivi, omettendo fattori di rischio che seppur meno probabili potrebbero manifestarsi. In gergo tecnico ciò significa che il piano non esprime flussi medi attesi (unconditional), ma flussi legati al verificarsi di uno specifico scenario (conditional), mentre il valore di qualunque attività è funzione di flussi medi attesi. Per comprendere la distinzione è sufficiente un semplice esempio. Se l'azienda in vendita ha lanciato da poco un nuovo prodotto, il piano del venditore raffigura lo scenario di successo del prodotto. Se gli scenari alternativi sono di minore successo o addirittura di insuccesso i flussi medi attesi sono inferiori ai flussi di piano. Il potenziale acquirente formula il prezzo non vincolante sulla base di flussi potenziali (conditional), sapendo che l'attualizzazione di tali flussi conduce ad un prezzo più elevato di quello che si avrà considerando i flussi medi attesi. Ma ciò, ancora una volta, è funzionale a non smentire il venditore in una fase nella quale il potenziale acquirente non ha ancora gli elementi per valutare quanto i flussi medi attesi saranno inferiori alle proiezioni di piano del venditore stesso. Anche in questi casi il prezzo non vincolante non costituisce un valido riferimento del valore di mercato.

Le considerazioni svolte sin qui permettono di sostenere che i prezzi non vincolanti contenuti nelle manifestazioni di interesse formulate da potenziali investitori nell'ambito di processi di vendita strutturati rappresentano sempre stime distorte in eccesso del vero valore di mercato dell'azienda o ramo di azienda o bene in vendita. Vi sono tuttavia altri casi di offerte indicative al di fuori di processi di vendita strutturati. Si tratta di norma di offerte singole, di natura spontanea, meno dettagliate delle manifestazioni di interesse nell'ambito dei processi di vendita strutturati. Trattandosi di offerte non sollecitate, possono costituire validi riferimenti del valore di mercato dell'azienda?

#### Prezzi non vincolanti di offerte spontanee

L'analisi dei prezzi non vincolanti di offerte spontanee deve innanzitutto riguardare la genuinità dell'offerta. Se un socio di minoranza che esercita il recesso produce l'evidenza di un'offerta di acquisto della propria partecipazione formulata da un terzo ad un prezzo non vincolante molto elevato, è lecito interrogarsi sulla possibile strumentalità dell'offerta. Analogamente nell'ambito di un arbitrato avente per oggetto la stima di un'azienda, la presentazione di un'offerta in grado di favorire la parte venditrice (per via di un prezzo non vincolante elevato) potrebbe far sorgere dubbi sulla natura realmente spontanea dell'offerta. Ancora, un'offerta non vincolante di acquisto di un business in difficoltà utilizzata come indicazione di fair value ai fini di impairment test potrebbe rappresentare un riferimento non genuino. In tutti questi casi, ai fini dello stabilire quale sia il reale valore informativo del prezzo non vincolante, occorre interrogarsi con riguardo a:

- a) la credibilità del soggetto che ha formulato l'offerta;
- b) il grado di dettaglio dell'offerta;
- c) l'informazione cui l'offerente ha avuto accesso. Ciascuno di questi elementi merita un breve approfondimento.

#### La credibilità dell'offerta

La credibilità dell'offerta deve essere valutata relativamente a quattro profili principali:

- a) la capacità finanziaria dell'offerente, per valutare se è in grado di dare esecuzione a quanto indicato nell'offerta non vincolante e se l'offerta indica come l'offerente intende finanziare l'acquisto, con quali fondi, come raccolti, ecc.;
- b) la reputazione dell'offerente, per valutare se ha già fatto uso tattico di offerte non vincolanti senza un reale interesse a concludere i *deal* e quali *deal* eventualmente ha chiuso di recente;
- c) la comunicazione all'esterno dell'offerta da parte dell'offerente, per valutare quanto si sia esposto ad un impegno morale a realizzare il *deal*;
- d) le motivazioni dell'offerta, per valutare se risponde ad un profilo strategico coerente con le caratteristiche dell'acquirente.

Lo spettro delle situazioni possibili è molto ampio: dall'offerta da parte di un soggetto industriale (*strategic buyer*) con adeguate capacità finanziarie ed ottimo *strategic fit*, alla lettera di legali per conto di fondi di investimento esteri o di altri investitori di cui non è possibile valutare né le capacità finanziarie né il concreto interesse alla operazione. In breve, questa

### Valutazioni e bilancio Opinioni

analisi deve permettere di comprendere se l'offerta sia un vero "agreement to agree" (una genuina proposta di accordo per accordarsi).

#### Il grado di dettaglio dell'offerta

Mentre le manifestazioni di interesse nella forma di LOI (Letter of Intent) o di NBO (Non Binding Offer) hanno dei contenuti pressoché standard - anche perché normalmente l'advisor del venditore nel sollecitare le manifestazioni di interesse indica i contenuti minimi che debbono essere riportati ed i termini ritenuti inderogabili dal venditore - le offerte spontanee invece si caratterizzano per una forma molto più libera che lascia spazio a molto maggiore ambiguità. Il potenziale acquirente può limitare i contenuti della offerta non vincolante a pochi aspetti, così da renderne molto più difficile la lettura. L'analisi dei contenuti dell'offerta è finalizzata a valutare la presenza o meno di segnali della volontà dell'unico offerente di procedere verso un accordo formale. Ad esempio, l'assenza di un razionale solido del prezzo non vincolante alla base dell'offerta è indice dell'assenza di un'analisi dei valori di mercato di società o di transazioni simili. Poiché nessuna offerta (ancorché non vincolante) se genuina può prescindere da un'analisi esplorativa dei valori di mercato, l'assenza di una tale analisi è presunzione quantomeno di un ridotto interesse dell'offerente. Ancora: l'assenza di chiare condizionalità nell'offerta è il segnale di una ridotta attenzione ai profili di rischio dell'operazione, l'assenza di indicazione dei tempi nei quali si stima di compiere la due diligence è indice dell'assenza di una volontà strategica di giungere ad una decisione in tempi rapidi, ecc.

#### L'informazione cui l'offerente ha avuto accesso

I prezzi hanno valore informativo se contengono informazione. I prezzi rilasciano l'informazione in essi contenuta. Se chi ha formulato l'offerta indicativa non ha avuto accesso ad informazione privata, il prezzo non vincolante sarà funzione della ricerca di mercato svolta dall'offerente e dalla stima di un premio svincolato dalla effettiva condizione dell'entità in vendita e fondato su presupposti da verificare. Dunque, si tratta di un prezzo formulato senza conoscere la specifica realtà dell'azienda in vendita.

L'analisi dei tre profili descritti permette di valutare quale possa essere il reale contenuto informativo dell'offerta ricevuta.

#### Le condizioni diverse dal prezzo

Sin qui sono state svolte considerazioni in merito alla formulazione dei prezzi non vincolanti come se si

trattasse di prezzi perfettamente confrontabili fra loro. Spesso non è così. I prezzi possono riferirsi a perimetri diversi, possono prevedere accordi accessori fra le parti (di fornitura, di servizio, di assistenza alla transizione, ecc.), strumenti di pagamento diversi (cassa o carta), modalità di pagamento diverse (spot o dilazionate nel tempo o condizionate al verificarsi di alcuni eventi futuri) e fondarsi su stime di Ebitda o Ebit o posizione finanziaria netta diverse, richiedere maggiori o minori garanzie, ecc. Dunque, non solo i prezzi non sono fra loro direttamente confrontabili e devono essere ricondotti ad una base comune, ma nella maggior parte dei casi non esprimono neppure un valore di mercato. Quest'ultimo infatti rappresenta il prezzo per cassa alla data della valutazione dell'attività in sé, senza garanzie, senza modifiche di perimetro o di struttura finanziaria, ecc.

# La formazione del prezzo in un deal ed il ruolo del prezzo non vincolante

Il principale errore che si compie nell'interpretare un prezzo non vincolante consiste nel ritenere che esso esprima il prezzo massimo di una possibile zona di accordo (ZOPA-Zone of Possible Agreement), il cui prezzo minimo è fissato dal venditore. In realtà la zona di possibile accordo è molto più ristretta. Vediamo perché.

Ipotizziamo una normale negoziazione one-to-one fra compratore e venditore di un bene semplice. Un appartamento in centro città. Il venditore vorrebbe ricavare dalla vendita un prezzo di 100. Il venditore sa che questo sarebbe un prezzo "affare" perché un vicino di casa interessato ad acquistare l'appartamento per la figlia che si sposa ha offerto di recente un prezzo di 60. Un compratore terzo interessato a comprare l'appartamento ha visto offerte di appartamenti simili nella stessa zona che giustificherebbero un prezzo di 75, ma non avendo fretta di acquistare ambirebbe a realizzare un acquisto conveniente ad un prezzo "affare" di 50. La zona di possibile accordo in questo caso è compresa fra 60 e 75, non fra 100 e 50. Ciò per via del fatto che i limiti della zona di accordo non sono i prezzi (affare) desiderati dalle parti ma i prezzi delle migliori alternative disponibili (BATNA - Best Alternative To a Negotiated Agreement) che nell'esempio sono pari a 60 per il venditore ed a 75 per il compratore.

Nel caso di offerte non vincolanti il potenziale acquirente mira a definire un prezzo il più possibile vicino al prezzo "affare" per il venditore, con l'obiettivo di: accedere alla fase successiva della negoziazione;

colmare lo svantaggio informativo e; intuire quale potrebbe essere la BATNA (migliore alternativa disponibile) del venditore. Il venditore dal canto suo è consapevole che facendo accedere il o i potenziali acquirenti alla fase successiva perde potere contrattuale ma, nel caso di più potenziali acquirenti conta sull'effetto competizione per raggiungere il prezzo della migliore alternativa del compratore mentre nel caso di acquirente singolo conta sul proprio vantaggio informativo per non finire schiacciato sul prezzo minimo ZOPA. Il grafico 1 illustra quanto descritto, con riferimento all'esempio dell'appartamento in centro città.

L'esempio nella sua semplicità permette di cogliere come il prezzo non vincolante formulato dall'acquirente non rivesta alcun ruolo nella formazione del prezzo del deal. Il prezzo si forma all'interno della zona di possibile accordo, definita dalle migliori alternative a disposizione di acquirente e di venditore.

Naturalmente queste considerazioni sono valide solo se venditore o acquirente non si trovano in condizioni di dover effettuare la transazione (under duress).

#### Alcune regole generali

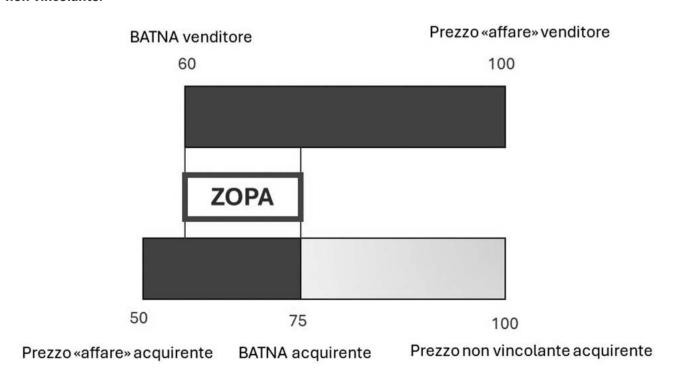
Nell'ambito della analisi del valore informativo di un prezzo non vincolante ai fini della valutazione di un'azienda occorrerebbe sempre far riferimento ad alcune regole generali.

Innanzitutto, occorre distinguere fra offerte genuine e non genuine. Le offerte non genuine possono essere strumentali ad influenzare il processo valutativo compiuto dall'esperto e comunque sono offerte destinate a non tradursi mai in offerte vincolanti, in quanto il loro scopo è differente (fishing of information).

Secondariamente, nell'ambito di offerte ritenute genuine, occorre considerare che:

- a) il prezzo non vincolante risponde ad una precisa tattica negoziale e soffre di un sistematico bias verso l'alto. Dovrebbe delimitare la zona di conforto per il venditore, identificando un prezzo non vincolante il più possibile vicino al prezzo "affare" per il venditore. Dove il prezzo affare identifica il prezzo massimo realizzabile tenuto conto delle specifiche condizioni dei prezzi di mercato e di un premio elevato;
- b) il prezzo non vincolante non è mai un buon previsore del prezzo che si forma nel deal. Il prezzo è funzione delle migliori alternative a disposizione di acquirente e di venditore (BATNA);
- c) il prezzo non vincolante è formulato al "buio" e non può veicolare informazione che non contiene. È un prezzo ipotetico, formulato da chi ancora non conosce realmente il profilo di rendimento/rischio dell'attività da acquistare;
- d) il prezzo non vincolante è costruito in genere sulla base di informazione di mercato (che nulla

Grafico 1. Esempio di ZOPA delimitato dalle BATNA (migliori alternative) di acquirente e venditore e prezzo non vincolante.



### Valutazioni e bilancio Opinioni

aggiunge alla informazione già a disposizione dell'esperto chiamato a stimare il valore di mercato) e di un premio privo di supporti o fondato su piani del venditore condizionati al verificarsi di specifici scenari;

e) dopo la formulazione dell'offerta non vincolante il potere contrattuale del venditore si riduce drasticamente, perché è l'informazione aggiuntiva acquisita dall'acquirente che permette a quest'ultimo di identificare la migliore alternativa possibile (BATNA) per sé e per il venditore;

f) non si negoziano beni ma condizioni economiche. Sono le condizioni economiche a dare contenuto a ciò che viene acquistato o venduto. Sotto un profilo squisitamente finanziario un *deal* può essere rappresentato, nella prospettiva dell'acquirente, come un trasferimento di risorse a pronti a fronte di flussi di cassa futuri. Le condizioni economiche concorrono a definire i rischi che gravano sul compratore ed i flussi di cassa attesi e quindi hanno diretto impatto sul prezzo;

g) un prezzo non vincolante per il quale non è stato assunto un impegno dagli organi di governo dell'acquirente non esprime alcuna volontà strategica, ma solo la generica intenzione di verificare la possibilità di realizzare il *deal* ad un prezzo coerente con il profilo di rendimento-rischio dell'attività e coerente con le migliori alternative possibili.

# Il caso speciale dell'azienda costretta a vendere

Sin qui si è considerato il caso di un'azienda venditrice che non abbia alcuna costrizione o obbligo a vendere. Quando viene meno questa condizione e l'azienda è costretta ad una liquidazione accelerata, le logiche sin qui svolte non valgono più. L'azienda costretta a vendere è in condizioni di debolezza contrattuale e soprattutto non confronta il prezzo con un valore limite minimo. Le manifestazioni di interesse in questi casi esprimono prezzi che svolgono la funzione di testare lo stato di necessità dell'azienda. Le offerte si fondano su prezzi scontati (e non maggiorati di premi) e contemporaneamente su condizioni in grado di garantire la chiusura del deal in tempi molto rapidi.

#### I principi internazionali di valutazione

I principi internazionali di valutazione (IVS-International Valuation Standards) 2024, entrati in vigore nel gennaio 2025, hanno introdotto un intero nuovo capitolo alla selezione dei dati e

degli input nell'ambito del processo valutativo (IVS 104 Data and Inputs). Il principio cardine sulla base del quale si sviluppano i nuovi principi è rappresentato dall'"adeguatezza dell'informazione all'uso" cui è destinata la valutazione. In particolare, il paragrafo 30.1. recita:

"30.1. Nella selezione dei dati e degli input, si dovrebbe adottare un processo che massimizzi il più possibile le seguenti caratteristiche. A volte non sarà possibile incorporare tutte queste caratteristiche. Le caratteristiche di dati e input idonei sono riportate di seguito, e l'idoneità è definita come 'adeguatezza all'uso' in termini di esigenze del cliente e degli utenti finali nel contesto dell'uso previsto, della configurazione di valore e del bene o della passività oggetto di valutazione.

Accurati

**Appropriati** 

Completi

Osservabili

Tempestivi

Trasparenti

Accurati: i dati e gli input sono privi di errori e pregiudizi e riflettono le caratteristiche che sono progettati per misurare.

Appropriati: i dati e gli input sono pertinenti per il bene o la passività da valutare.

Completi: il set di dati e input è sufficiente per affrontare gli attributi dei beni o delle passività.

Osservabili: i dati e gli input sono ottenibili e visibili a più utenti o partecipanti al mercato.

Tempestivi: i dati e gli input riflettono le condizioni di mercato alla data di valutazione.

Trasparenti: la fonte dei dati e degli input può essere tracciata fino alla loro origine" (traduzione e sottolineato miei).

Nel paragrafo 40.3 è richiesto anche che l'esperto debba raccogliere evidenze sufficienti a garantire l'adeguatezza dell'informazione allo specifico scopo. Infatti, il paragrafo recita:

"40.3. È necessario raccogliere evidenze sufficienti a garantire che i dati e gli input siano coerenti con ciò che un pari o un partecipante al mercato considererebbe appropriato. Può essere richiesto un giudizio professionale per garantire che i dati e gli input ottenuti siano adeguati all'uso previsto della valutazione". (traduzione mia),

L'attenzione dello *standard setter* sull'adeguatezza dell'informazione usata dall'esperto rispetto alla finalità della stima mette in evidenza l'importanza della selezione dell'informazione sulla base del suo reale valore

informativo rispetto allo scopo della valutazione. Il valore informativo di evidenze esterne, quali sono i prezzi non vincolanti di offerte indicative, non può fondarsi sull'assonanza rispetto alla finalità della stima del valore di mercato: infatti pur trattandosi in entrambi i casi di prezzi, sono prezzi completamente diversi. L'esperto chiamato a stimare il valore di mercato di un'attività dovrebbe esprimere il prezzo più probabile fra parti informate ed indipendenti; prezzo che ricade nella zona di possibile accordo con un partecipante al mercato, mentre il prezzo non vincolante non ricade nella zona di possibile accordo, perché non esprime la migliore alternativa a disposizione dei potenziali acquirenti.

#### Conclusione

Il termine "prezzo" può essere qualificato attraverso molti diversi attributi che ne definiscono il

significato. Un prezzo fatto è diverso da un prezzo fattibile (o più probabile), in quanto il primo risente della forza contrattuale delle parti, mentre il secondo ne prescinde, il primo può essere regolato per carta, il secondo si riferisce sempre a transazioni per cassa, ecc. Un errore di ingenuità è rappresentato dal fatto di considerare tutti i prezzi eguali a prescindere dai relativi attributi. Un prezzo non vincolante non è un prezzo fattibile.

In ambito linguistico, è stato coniato il termine "false friends" per indicare termini della lingua inglese che assomigliano a termini italiani, ma che hanno significati differenti (3). I false friends sono fonte di fraintendimenti per il traduttore non esperto.

I prezzi non vincolanti sono i "false friends" di chi è chiamato ad esprimere il valore di mercato di un'azienda. Per questa ragione è necessaria un'attenta analisi del loro valore informativo.

<sup>(3)</sup> Ad esempio, in inglese, la parola "actually" significa "in realtà", mentre l'italiano "attualmente" significa "al momento". Allo stesso modo, "terrific" in inglese significa "fantastico" o

<sup>&</sup>quot;eccellente", ma può essere erroneamente interpretato come "terrificante" in italiano. I false friends sono quindi fonte di errori comuni nella traduzione e nella comunicazione interculturale.

### SPECIALE FISCO E TRIBUTI - LE ULTIME NOVITÀ

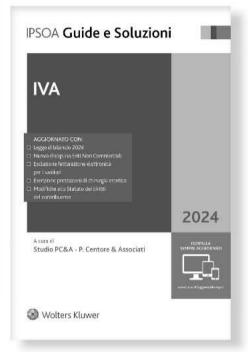


il fisco

#### **CODICE TRIBUTARIO 2024**

#### Codice + Aggiornamento online su RIFORMA FISCALE

Il codice contiene le norme in materia di: Imposte sui redditi; IVA, IRAP, IMU, TARI e altri tributi locali; Registro, Ipotecarie e catastali, Bollo, Successioni e imposte indirette; Accertamento e riscossione; Contenzioso tributario; codice civile; Revisione Legale.



Guide&Soluzioni

#### **IVA 2024**

CARTA+DIGITALE "Formula sempre aggiornati"

### A cura di Studio PC&A P. Centore & Associati

La guida analizza le disposizioni che regolano i rapporti domestici e con l'estero, in particolare: principi generali in materia di territorialità, detrazione e rivalsa; discipline che interessano i rapporti con l'estero; adempimenti degli operatori; regimi speciali; accertamento e riscossione del tributo.



Guide&Soluzioni

#### Immobili 2024

CARTA+DIGITALE "Formula sempre aggiornati"

#### A cura di Angelo Busani

La guida per il professionista del settore immobiliare, tratta: disciplina catastale; imposte sui redditi e patrimoniali; imposte indirette e IVA; agevolazione prima casa e crediti d'imposta; trasferimento della proprietà, dei diritti reali e utilizzo dell'immobile.

Y6400BN



# Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l. penale commerciale Giurisprudenza

#### Responsabilità penale amministratori

Cassazione Penale, Sez. IV, 6 novembre 2024, n. 40682 (ud. 3 ottobre 2024) - Pres. P. Piccialli - Est. F. Antezza

Responsabilità penale dell'intero C.d.A. - Infortunio mortale del lavoratore - Delega di funzioni - Delega gestoria - Obbligo di

(Cod. pen. artt. 589; D.Lgs. n. 81/2008, artt. 16 e 30; D.Lgs. n. 231/2001)

In una organizzazione societaria complessa, gli obblighi inerenti alla prevenzione degli infortuni sul lavoro gravano su tutti i componenti del consiglio di amministrazione, salvo il caso di delega validamente conferita. Tuttavia, anche in presenza di deleghe gestorie o di funzioni, i membri del consiglio di amministrazione possono essere ritenuti responsabili quando l'evento dannoso è la concretizzazione della totale carenza di effettiva procedimentalizzazione dell'attività produttiva come politica aziendale volta a subordinare le esigenze della sicurezza rispetto al profitto.

#### La Corte (omissis).

- 1. I ricorsi, suscettibili di trattazione congiunta in ragione della connessione delle sottese questioni, complessivamente considerati, sono infondati.
- 2. Come sintetizzato in sede di ricostruzione dei fatti processuali, la Corte d'Appello ha confermato la responsabilità per l'omicidio colposo di D.D., lavoratore alle dipendenze di PAVIMENTAL, tra gli altri, di A.A., B. B. e C.C., rispettivamente, presidente e membri del consiglio di amministrazione di PAVER COSTRUZIONI. Trattasi di società costruttrice e posatrice, in forza di contratto di "fornitura e posa", di lastre in cemento armato per l'esecuzione di una vasca di raccolta delle acque del torrente Lura da parte della citata PAVIMENTAL, appaltatrice dei lavori di realizzazione della terza corsia dell'autostrada A9 (L-C-C) nonché committente la realizzazione e la posa delle dette lastre.
- 2.1. Dal giudizio di merito sono emerse le seguenti circostanze del sinistro, qui esposte nella parte non controversa. L'evento si è verificato nel mentre D.D. era intento, insieme ad altri lavoratori alle dipendenze di PAVI-MENTAL, nell'esecuzione del "getto" di calcestruzzo tra la vasca di contenimento delle acque e le (nove) lastre prefabbricate e precedentemente installate da PAVER COSTRUZIONI, essendo stato travolto da una di esse improvvisamente rovesciatasi a causa di gravissimi errori nelle fasi di produzione e installazione da parte della società da ultimo citata. Il rovesciamento del prefabbricato è stato causato dal cedimento dei vincoli superiori di ancoraggio, perché non eseguiti in fase di costruzione, e, quindi, non inglobati nella lastra, come invece previsto dal progetto. Essi erano stati realizzati a posteriori, mediante inserti apposti previa trapanatura del manufatto da H.H., dipendente di PAVER COSTRUZIONI addetto anche al controllo dei manufatti prima del loro trasporto, accortosi del difetto di costruzione in sede di consegna a PAVIMENTAL. A ciò si è aggiunta, sempre per i giudici di merito, l'errata posa, da parte dei dipendenti di PAVER COSTRUZIONI, dello stesso prefabbricato presso la vasca di

contenimento. Esso, in particolare, è stato ritenuto non correttamente ancorato tramite idonei bulloni di fissaggio e destinatario di un intervento, non previsto dal progetto, di sostituzione di uno dei due ancoraggi monoblocco della lastra al muro perimetrale della vasca di contenimento con un ancoraggio composto da due pezzi uniti da un bullone.

2.2. All'esito è stata accertata dai giudici di merito la responsabilità del vertice societario, costituito dagli attuali ricorrenti, nonché di altri soggetti operanti per PAVER COSTRUZIONI, in ragione dei descritti gravi errori nelle fasi di costruzione e installazione del prefabbricato. Il riferimento è al responsabile di stabilimento, all'addetto alla produzione e caporeparto, al lavoratore dipendente esecutore delle modifiche (condannati in primo grado non appellanti) nonché al responsabile del servizio qualità e al capocantiere-direttore tecnico di cantiere responsabile nella specie del montaggio delle lastre (appellanti non ricorrenti).

Quanto al consiglio di amministrazione, è stata confermata la responsabilità di A.A., B.B. e C.C.

In particolare, A.A. è stato ritenuto responsabile quale presidente del consiglio di amministrazione, costruttore della lastra in oggetto nonché datore di lavoro dei soggetti operanti per PAVER COSTRUZIONI, tra cui l'esecutore della modifica a essa apportata dopo la costruzione, e gli installatori delle lastre, con modalità ritenute tra loro concause del relativo cedimento, dei quali aveva direttamente garantito a PAVIMENTAL l'idoneità a operare presso lo specifico cantiere (in quanto in grado di comprendere la lingua italiane e quindi di eseguire le istruzioni). B.B., è stato ritenuto responsabile quale membro del consiglio di amministrazione nonché delegato con compiti e poteri di gestione dell'intero ciclo produttivo della società PAVER COSTRUZIONI e curatore della qualità dei manufatti prodotti e commercializzati e della loro rispondenza ai prescritti requisiti di legge. L'imputato, quindi, è stato ritenuto responsabile anche della rispondenza alle specifiche tecniche progettuali del manufatto in oggetto, fornito a PAVIMENTAL e installato nel bacino di contenimento in costanza di un

# Diritto penale commerciale - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l. Giurisprudenza

POS, da lui sottoscritto, inidoneo, all'esito di una valutazione ex ante, alla gestione dello specifico rischio di ribaltamento poi concretizzatosi. C.C., infine, è stato ritenuto responsabile quale membro del consiglio di amministrazione nonché delegato, con illimitati poteri di spesa, in materia antinfortunistica e quindi garante dell'applicazione della normativa relativa alla sicurezza in tutte le fasi, compresa quella del montaggio dei prefabbricati.

2.3. I giudici di merito hanno fatto specifico riferimento a gravissime carenze organizzative imputabili ai vertici societari e, in particolare, per quanto ancora rileva in questa sede, ai tre membri del consiglio di amministrazione di PAVER COSTRUZIONI. Ciò in ragione dell'accertata assenza di programmazione dell'attività volta tanto alla produzione delle lastre in oggetto in termini di conformità al progetto specificatamente predisposto per la loro creazione, in vista della realizzazione del muro di contenimento della vasca di raccolta delle acque, quanto alla successiva installazione cori tecniche tali da gestire il rischio di ribaltamento.

La totale assenza di programmazione è stata accertata con particolare riferimento alle procedure di controllo della qualità in termini non di mera conformità necessaria per la marcatura "CE", pur formalmente presente, ma di effettiva idoneità tecnica del prefabbricato nell'ottica della gestione dello specifico rischio. Ciò in ragione dell'accertata prassi, questa, sì, sostanzialmente ritenuta procedimentalizzata dalla Corte territoriale. quale aspetto, ritenuto dal giudice di merito, "più sconcertante della vicenda", al fine di rendere fittizio il controllo del rispetto delle specifiche tecniche necessarie per evitare il rischio di ribaltamento. Il controllo era difatti solo astrattamente previsto come bifasico, cioè da svolgersi sia prima che dopo la realizzazione dei PRE-FABBRICATI, ma preordinatamente omesso. I certificati dì conformità, come peraltro avvenuto nella specie, erano difatti abitualmente predisposti e controfirmati prima della produzione dei manufatti e successivamente apposti sugli stessi in assenza di alcuna effettiva verifica del prodotto, anche in ragione della sistematica violazione delle procedure di controllo, solo formalmente previste dal responsabile I.I., in forza della concreta organizzazione dell'attività lavorativa. Il vizio organizzativo è stato ritenuto tale da investire non solo la produzione dello specifico prefabbricato di fatto ribaltatosi ma l'intero processo produttivo, cosi da impedire, di fatto, il controllo demandato al caporeparto che, peraltro, per forza di cose, non avrebbe potuto coprire turni consecutivi di 16 ore, come invece avrebbe preteso il concreto formale assetto organizzativo.

Proprio la totale carenza di procedimentalizzazione dell'attività produttiva, nei termini appena sintetizzati, sempre per quanto chiarito dal giudice di merito, ha nella specie fondato l'intervento di H.H., lavoratore dipendente di PAVER COSTRUZIONI, implicante la modifica delle lastre già costruite per PAVIMENTAL, accertato come causalmente collegato al ribaltamento. Trattasi di intervento consistente nell'inserimento di

tasselli previa foratura con trapano del prefabbricato, per sopperire all'assenza delle previste e progettate boccole da inglobare in fase di fabbricazione. Il controllo solo visivo, meramente occasionale e rimesso all'iniziativa dei lavoratori dipendenti, nella specie H. H., oltre a dimostrare le contestate carenze formative e informative, essendo il detto operajo ignaro di non poter modificare il manufatto, è stato peraltro accertato essere il frutto di una "chiara politica aziendale". Politica, a cui l'operaio avrebbe dovuto conformarsi, volta a dare prevalenza alla puntualità dei tempi di consegna rispetto alla qualità del prodotto finito, anche in termini di idoneità dello stesso alla gestione del rischio di ribaltamento, con conseguente subordinazione delle esigenze della sicurezza a quelle sottese al

Oltre a quanto innanzi, la Corte territoriale ha posto a fondamento della decisione le accertate gravi carenze del Piano Operativo di Sicurezza ("POS"), elaborato da PAVER COSTRUZIONI, per la fornitura e posa in opera dei prefabbricati per l'esecuzione del muro di contenimento della vasca di contenimento delle acque del torrente (omissis) da parte di PAVIMENTAL che, all'esito del montaggio, avrebbe provveduto all'esecuzione del "getto" di calcestruzzo tra la vasca e le (nove) lastre prefabbricate. Trattasi di carenze sostanzialmente ritenute tali da rendere inidoneo lo stesso POS alla gestione dello specifico rischio di ribaltamento connesso anche alla procedura di montaggio. Ciò in ragione della mancata specifica previsione della fase di posa delle opere tralicciate e quindi dalla procedura di ancoraggio superiore delle lastre, prevista dal progetto, essendo contemplata la sola procedura di fissaggio laterale delle lastre tra loro. La mancanza di indicazioni relative alla posa in opera e alla corretta procedura da eseguire durante la fase di montaggio, funzionale a garantire l'ancoraggio delle lastre al muro retrostante, è stata in particolare ritenuta, all'esito degli apporti scientifici forniti dai tecnici in dibattimento, determinante l'incompleto serraggio dei bulloni, con conseguente mancata attivazione dei tasselli. L'intervento sui tralicci e l'utilizzo di staffe di ancoraggio diverse tra loro, in uno con le carenze della procedura di ancoraggio, e gli errori in fase di fabbricazione, in definitiva, sono stati ritenuti concause del ribaltamento determinante il decesso di D.D.

3. La Principale doglianza mossa dai ricorrenti alla sentenza impugnata si sostanzia nell'aver attribuito a A.A., B.B. e C.C. una mera responsabilità di posizione, in quanto derivante, nonostante la sussistenza di altri garanti e di deleghe, dall'essere, rispettivamente, presidente e membri del consiglio di amministrazione di PAVER COSTRUZIONI (gli ultimi due con deleghe). Ne sarebbe poi derivata la mancata considerazione dell'interruzione del nesso causale tra condotta ed evento, comunque coinvolgente un soggetto non alle dipendenze di PAVER COSTRUZIONI, in ragione della presenza di altri garanti, in virtù di deleghe caratterizzanti la specifica organizzazione societaria complessa, oltre che del

# Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l. penale commerciale Giurisprudenza

comportamento abnorme del lavoratore della stessa società, concretizzatosi nella modifica della lastra, dopo la sua costruzione, avendone egli accertata la relativa difformità dal progetto consustanziale alla gestione del rischio di ribaltamento.

4. Le censure non hanno pregio.

5. In ragione della presenza, nella specie, di deleghe, si deduce l'inconferenza del principio di diritto che la Corte territoriale avrebbe sostanzialmente posto a base della ritenuta responsabilità dei membri del consiglio di amministrazione, quello per cui gli obblighi inerenti alla prevenzione degli infortuni sul lavoro gravano su tutti i componenti del consiglio di amministrazione.

5.1. La questione cardine sottoposta dai ricorrenti alla Suprema Corte inerisce la rilevanza, sul giudizio di responsabilità in capo ai membri del consiglio di amministrazione, di deleghe, di gestione o di funzioni, nel caso in cui, come accertato dai giudici di merito con motivazione non sindacabile in sede di legittimità in quanto coerente e non manifestamente illogica, l'evento sia risultato la concretizzazione della totale carenza di effettiva procedimentalizzazione dell'attività produttiva quale politica aziendale volta a subordinare le esigenze della sicurezza rispetto al profitto.

5.2. Occorre muovere dall'individuazione del modo di atteggiarsi della delega a seconda che si tratti di una delega gestoria, contemplata dal diritto societario all'art. 2381 cod. civ., ovvero di delega di funzioni, contemplata dall'art. 16 D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (di seguito, anche "TUSL").

Nel caso della delega di funzioni viene in rilievo la traslazione di alcuni poteri e doveri di natura prevenzionistica; nel caso della delega gestoria vengono invece in rilievo criteri di ripartizione dei ruoli e delle responsabilità tra gli amministratori in ambito societario caratterizzato da strutture più o meno articolate.

Trattasi di deleghe con differenti strutture ontologiche e conseguenti ricadute in termini di contenuto e di residui doveri in capo all'organo delegante, come chiarito da Sez. 4, n. 8476 del 20/10/2022, dep. 2023, Rinaldi, Rv. 284360-01, con l'iter logico-giuridico di seguito evidenziato.

5.2.1. La delega di funzioni è lo strumento con il quale il datore di lavoro (e non anche il dirigente, pure investito a titolo originario come il preposto dal TUSL di compiti a tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro) trasferisce poteri e responsabilità per legge connessi al proprio ruolo ad altro soggetto che diviene garante a titolo derivativo, con conseguente riduzione e mutazione dei doveri facenti capo al soggetto delegante. In ossequio al principio per cui, al fine di assicurare un efficace sistema di tutela della sicurezza e salute nei luoghi di lavoro, la traslazione dei poteri deve essere presidiata con la previsione di regole formali e sostanziali, il legislatore ha previsto una serie di limiti e condizioni. La norma richiede che la delega, accettata per iscritto da soggetto in possesso di tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate, risulti da atto scritto recante data certa, attribuisca al delegato tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate e attribuisca al delegato l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate (ex art. 16, comma 1, TUSL, il successivo comma 2 prevede la necessaria conoscibilità della delega mediante adeguata e tempestiva pubblicità). Permane in capo al datore di lavoro delegante grava l'obbligo di vigilanza in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite e tale obbligo si intende assolto in caso di adozione e attuazione efficace del modello di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4, TUSL (art. 16, comma 3, del medesimo Testo Unico). Non sono invece delegabili (art. 17 TUSL) alcuni obblighi che ineriscono l'essenza della figura del datore di lavoro e della sua posizione di garante all'interno del contesto produttivo, per l'intima correlazione con le scelte aziendali di fondo. Trattasi della nomina del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, della valutazione dei rischi e della redazione del relativo documento (che resta nella responsabilità del datore di lavoro anche quando venga conferito ad altri l'incarico della materiale stesura, non essendo esonerato il datore di lavoro dall'obbligo di verificarne l'adeguatezza e l'efficacia, ex plurimis: Sez. 4, n. 27295 del 02/12/2016, dep. 2017, Rv. 270355-01).

In caso di delega ex art. 16 D.Lgs. n. 81 del 2008 permane, comunque, in capo al datore di lavoro delegante un preciso dovere di vigilanza in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite e, prima ancora, come già chiarito, un preciso dovere di individuare quale destinatario dei poteri e delle attribuzioni un soggetto dotato delle professionalità e delle competenze necessarie. Sul piano della responsabilità significa che il soggetto delegante potrà essere chiamato a rispondere degli eventi illeciti in caso di culpa in eligendo o di culpa in vigilando che abbia avuto un ruolo eziologico rispetto agli accadimenti (si veda in merito, ex plurimis: Sez. U, n. 383423 del 24/04/2014, Espenhahn, Rv. 261108). Peraltro, nell'individuazione della responsabilità del datore di lavoro delegante, al fine di non incorrere nel rischio di configurare responsabilità di posizione del datore di lavoro che sarebbe in contrasto, fra l'altro, con la stessa previsione dell'istituto della delega, si è sostenuto nella giurisprudenza di legittimità che la vigilanza deve riguardare non il merito delle singole scelte bensì il complessivo adempimento del debito di protezione e controllo affidato al delegato (Sez. 4, n. 10702 del 1/02/2012, Mangone, Rv. 252675-01; Sez. 4 n. 22837 del 21/04/2016, Visconti, Ry 267319-01).

5.2.2. L'istituto della delega gestoria, invece, come ricordato dalla citata Sez. 4, n. 8476 del 2023, Rinaldi, attiene alla ripartizione delle attribuzioni e delle responsabilità nelle organizzazioni complesse.

Trattasi di istituto preordinato ad assicurare un adempimento più efficiente della funzione gestoria (in quanto evidentemente più spedita) e al contempo la specializzazione delle funzioni, tramite valorizzazione

# Diritto penale commerciale - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l. Giurisprudenza

delle competenze e delle professionalità esistenti all'interno dell'organo collegiale. Nelle società di capitali più semplici, l'amministratore unico, titolare dell'amministrazione ordinaria e straordinaria, assume anche la posizione di garanzia datoriale. Nelle società di capitali in cui, invece, l'amministrazione sia affidata a un organo collegiale quale il consiglio di amministrazione, l'individuazione della posizione datoriale è più complessa, anche in ragione della molteplicità di possibili modelli di amministrazione offerti dalla normativa societaria.

La Suprema Corte in proposito, con orientamento costante, ha affermato che nell'ipotesi in cui non siano previste specifiche deleghe di gestione l'amministrazione ricade per intero su tutti i componenti del consiglio e tutti i componenti del consiglio sono investiti degli obblighi inerenti la prevenzione degli infortuni posti dalla legislazione a carico del datore di lavoro (Sez. 4, n. 8118 del 1/02/ 2017, Ottavi, Rv. 269133-01; n. 49402 del 13/11/2013, Bruni, Rv. 257673-01).

Di frequente accade, tuttavia, che il consiglio di amministrazione deleghi le proprie attribuzioni o solo alcune di esse ad uno o più dei suoi componenti o a un comitato esecutivo (c.d. board) attraverso la c.d. delega gestoria disciplinata dall'art. 2381 cod. civ. Tale ultima norma detta le condizioni per accedere al modello in esame, i limiti entro cui è possibile ricorrevi e gli effetti che l'adozione del modello determina nel rapporto fra delegati e deleganti (ferma restando, in forza dell'art. 2381, comma 4, cod. civ., la non delegabilità delle attribuzioni di cui agli artt. 2420-fer, 2423, 2443, 2446, 2447, 2501-tere 2506-bis cod. civ.).

La decisione di ricorrere alla delega dev'essere autorizzata dai soci o deve essere prevista dallo statuto (art. 2381, comma 2, cod. civ.) In presenza di detta autorizzazione il consiglio di amministrazione, ex art. 2381, comma 3, cod. civ.:

a) può delegare proprie attribuzioni a un comitato esecutivo composto da alcuni dei suoi componenti o a uno o più dei suoi componenti, in tal caso deve determinare il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega;

b) può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega; c) sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società. Quando elaborati, il consiglio di amministrazione esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società e valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione. Gli organi delegati, dal canto loro, devono curare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e devono 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 (art. 2381, comma 5,

cod. civ.). Ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società (art. 2381, comma 6, cod. civ.).

Nella giurisprudenza di legittimità, ai fini dell'individuazione della figura datoriale in presenza di deleghe gestorie, si pone l'accento sulla necessità di verificare in concreto l'effettività dei poteri di gestione e di spesa dei consiglieri delegati.

Le Sezioni Unite, con la già richiamata sentenza "Espenhahn", hanno evidenziato che nell'ambito di organizzazioni complesse, d'impronta societaria, la veste datoriale non può essere attribuita solo sulla base di un criterio formale, magari indiscriminatamente estensivo, ma richiede di considerare l'organizzazione dell'istituzione, l'individuazione delle figure che gestiscono i poteri che danno corpo a tale figura. Dato atto di quanto innanzi, la Suprema Corte ha confermato la correttezza dell'attribuzione della qualifica di datore di lavoro all'intero board, ovvero di un comitato esecutivo composto dall'amministratore delegato della società e da altri consiglieri delegati riconoscendo l'effettività dei poteri di gestione e di spesa esercitati anche da tali soggetti che valeva ad attribuire loro la qualifica di datori di lavoro unitamente all'amministratore delegato (Nel caso concreto si era accertato che il board, pur formalmente dismesso, era stato coinvolto in tutte le decisioni gestionali e finanziarie di fondo che trascendevano dalla materia dalla sicurezza e riguardavano la complessa organizzazione aziendale). Analoga impostazione, anche se a contrario, si rinviene in altra sentenza relativa alla responsabilità di alcuni ex dirigenti di un'industria in relazione al reato di omicidio colposo in danno di lavoratori esposti ad amianto. Sez. 4 n. 5505 del 10/11/ 2017, Pesenti, Rv 271719-01, in particolare, muovendo dall'assunto che i componenti del comitato esecutivo (c.d. Board) possano assumere posizioni di garanzia ove sia ravvisabile la loro reale partecipazione ai processi decisori con particolare riferimento alle condizioni di sicurezza del lavoro, ha ritenuto immune da censure la sentenza di merito che aveva assolto i componenti del comitato esecutivo sia perché questo non si era mai riunito, sia perché attribuzione e poteri erano stati di fatto delegati dall'amministratore delegato ad altri soggetti non componenti del comitato esecutivo né membri del consiglio di amministrazione.

L'accento posto dalla giurisprudenza sulla effettività dei poteri di gestione e di spesa del soggetto delegato (o del board composto di soggetti delegati) è correlato alla definizione di datore di lavoro, in senso prevenzionistico, contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 81 del 2008. In forza di tale norma è datore di lavoro il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o comunque il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa. Se, dunque, in senso prevenzionistico è datore di lavoro

# Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l. penale commerciale Giurisprudenza

il soggetto che, in quanto investito dei poteri decisionali e di spesa, ha la responsabilità dell'organizzazione o della unità produttiva, il giudice penale anche in presenza di una formale delega gestoria che riguardi la materia della sicurezza dovrà interrogarsi se e come i soggetti delegati siano stati messi in condizione di partecipare ai relativi processi decisori.

Nel caso della delega gestoria il dovere di controllo che permane in capo ai membri del consiglio di amministrazione non delegati deve essere dunque ricondotto agli obblighi civilistici di cui agli artt. 2381, comma 3, cod. civ. e 2932, comma 2, cod. civ. così come modificato dalla riforma del diritto societario attuata con il D.Lgs. n. 6 del 2003 che ha abolito il generale dovere di vigilanza di tutti gli amministratori sul generale andamento della società. Sulla base di tali disposizioni il consiglio di amministrazione nel suo complesso oltre a determinare il contenuto della delega, conserva la facoltà di impartire direttive ed è tenuto sulla base delle informazioni ricevute a valutare l'adeguatezza dell'assetto della società e a valutare sulla base delle relazioni informative dei delegati il generale andamento della gestione (art. 2381, comma 3, cod. civ.). Tutti gli amministratori, inoltre, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose (art. 2932, comma 2, cod. civ.).

In dottrina, come evidenzia la citata Sez. 4, n. 8476 del 2023, Rinaldi, si è sostenuto che la delega in esame non abbia carattere abdicativo e che l'affidamento di determinate attribuzioni agli organi delegati venga a creare una sorta di competenza concorrente tra delegati e deleganti, come reso evidente dalla espressa previsione di cui all'art. 2381, comma 3, cod. civ. Sicché, il consiglio di amministrazione può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega. Con riferimento all'ambito del diritto penale del lavoro, tuttavia, come ribadito dalla sentenza da ultimo citata, si deve ritenere che alla concentrazione dei poteri e delle attribuzioni in capo ad alcuni soggetti, giustificata dalla necessità di un più proficuo esercizio, debba corrispondere in via generale una esclusiva responsabilità, sempre che si accerti che il consiglio delegante abbia assicurato il necessario flusso informativo ed esercitato il potere dovere di controllo sull'assetto organizzativo adottato

Nell'ottica di accrescimento della tutela del lavoratore, nella giurisprudenza di legittimità si è dunque affermato che a seguito della delega gestoria l'obbligo di adottare le misure antinfortunistiche e di vigilare sulla loro osservanza si trasferisce dal consiglio di amministrazione al delegato, rimanendo in capo al consiglio di amministrazione residui doveri di controllo sul generale andamento della gestione e di intervento sostitutivo (Sez. 4, n. 4968 del 06/12/2013, dep. 2014, Vascellari, Rv. 258617-01; Sez. 4, n. 988 del 11/07/2002, dep. 2003, Macola, Rv. 227001-01, la quale ha precisato che il residuo dovere di controllo non deve essere riferito agli aspetti minuti della gestione ma alla complessiva gestione aziendale della sicurezza).

5.2.3. Conclusivamente sul punto, sempre condividendo l'iter logico-giuridico di cui innanzi e sotteso a Sez. 4, n. 8476 del 2023, Rinaldi: la delega di funzioni prevista dall'art. 16 del D.Lgs. n. 81 del 2008 presuppone un trasferimento di poteri e correlati obblighi dal datore di lavoro verso altre figure non qualificabili come tali e che non lo divengono per effetto della delega. La delega di gestione, anche quando abbia a oggetto la sicurezza sul lavoro, invece, nel caso di strutture societarie complesse, consente di concentrare i poteri decisionali e di spesa connessi alla funzione datoriale, che fa capo a una pluralità di soggetti (ovvero i membri del consiglio di amministrazione), su alcuni di essi.

Con la delega ex art. 16 D.Lgs. n. 81 del 2008 si opera il trasferimento di alcune funzioni proprie del ruolo datoriale; i delegati vengono investiti di poteri e di doveri dei quali sono privi a titolo originario. Di contro, fra soggetti che sono a titolo originario titolari della posizione di datore di lavoro non è concepibile il trasferimento della funzione ma solo l'adozione di un modello organizzativo tale per cui taluni poteri decisionali e di spesa - se del caso anche quelli relativi alla sicurezza e alla salute dei lavoratori - vengono affidati alla gestione di alcuni tra i datori. Il fatto che nel primo caso venga in rilievo il trasferimento di alcune funzioni e nel secondo caso la concentrazione dell'esercizio (rectius: della gestione) della funzione, determina conseguenze in ordine al contenuto della delega. nonché in ordine alla modulazione dei rapporti fra deleganti e delegati. Sotto il primo profilo, ad esempio, mentre nella disciplina dettata dall'art. 16 D.Lgs. n. 81 del 2008, il conferimento del potere di spesa è requisito essenziale della delega di funzioni e deve essere adeguato in relazione alle necessità connesse allo svolgimento delle funzioni delegate, nella disciplina della delega gestoria, che, si ricorda, è rilasciata a un soggetto già investito della funzione datoriale e dei relativi poteri ivi compreso quello di spesa, non vi è analogo riferimento. Mentre non sono delegabili da parte del datore di lavoro ai sensi del citato art. 16 gli obblighi che costituiscono l'essenza della funzione datoriale e della sua preminente posizione di garante, ovvero la valutazione del rischio, preordinata alla pianificazione e predisposizione delle misure necessarie, e la nomina del responsabile del servizio prevenzione e protezione, la delega gestoria permette che tali adempimenti vengano eseguiti dal delegato, mutando il contenuto del dovere prevenzionistico facente capo ai deleganti. L'attività di vigilanza richiesta dall'art. 16, comma 3, D.Lgs. n. 81 del 2008, infatti, è differente dal dovere di controllo imposto ai membri del consiglio di amministrazione deleganti, che, come visto, dev'essere ricondotto agli obblighi civilistici di cui agli artt. 2381, comma 3, e 2932, comma 2, cod. civ. In tale ultimo caso, stante la concentrazione dell'esercizio dei poteri in capo a una figura che è già datore di lavoro, a riguardo dei deleganti si potrà configurare un dovere di verifica sulla base del flusso informativo, dell'assetto organizzativo generale e un vero e proprio potere di intervento anche con riferimento all'adozione

# Diritto penale commerciale - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l. Giurisprudenza

di singole misure specifiche nel caso in cui vengano a conoscenza di fatti pregiudizievoli, id est di situazioni di rischio non adeguatamente governate. In conseguenza della violazione di tali obblighi, i membri del consiglio d'amministrazione potranno essere ritenuti responsabili di violazione alla normativa antinfortunistica e degli eventi causalmente collegati.

6. Orbene, premesso quanto innanzi, circa la questione cardine sottoposta dai ricorrenti alla Suprema Corte (sintetizzata al precedente paragrafo 5.1.), deve ribadirsi che nelle società di capitali, gli evidenziati obblighi a carico del datore di lavoro gravano indistintamente su tutti i componenti del consiglio di amministrazione, salvo il caso di delega, validamente conferita, della posizione di garanzia (Sez. 4, n. 8118 del 01/02/2017, Ottavi, Rv. 269133-01). Al detto caso (presenza di deleghe validamente conferite), proseguendo nell'evidenziato solco interpretativo tracciato dalla Suprema Corte, deve in questa sede aggiungersi quello in cui, pur in presenza di deleghe gestorie ex art. 2381 cod. civ. (come quelle conferite a B.B. e a C.C. e di deleghe di funzioni (ex art. 16 D.Lgs. n. 81 del 2008), l'evento, come nella specie, sia risultato la concretizzazione della totale carenza di effettiva procedimentalizzazione dell'attività produttiva quale politica aziendale volta a subordinare le esigenze della sicurezza rispetto al profitto. In tale fattispecie, difatti, il consiglio di amministrazione, stanti, nel caso di delega gestoria, il dovere di vigilanza sull'andamento della gestione e il potere sostitutivo finalizzato all'esercizio della facoltà d'intervento in funzione sostitutiva, e, nel caso di delega di funzioni, il dovere di vigilanza, è gravato dall'obbligo inerente la gestione del rischio essendo il titolare del fascio di poteri in grado di incidere su esso perché su esso influente tramite l'adottata politica aziendale (in merito si veda, ancorché in fattispecie non perfettamente sovrapponibile, anche Sez. 4, n. 4969 del 2014, Vascellari, cit., la quale, pur facendo terminologicamente riferimento a delega di funzioni sostanzialmente si riferisce a ipotesi di delega gestoria nella specie delega in materia prevenzionistica conferita a un componente del consiglio di amministrazione -, chiarisce che, in tema di individuazione delle responsabilità penali all'interno delle strutture complesse, la delega di funzioni esclude la riferibilità di eventi lesivi ai deleganti solo se tali eventi siano il frutto di occasionali disfunzioni mentre, nel caso in cui siano determinati da difetti strutturali aziendali ovvero del processo produttivo, permane la responsabilità dei vertici aziendali).

6.1. Del principio di cui innanzi ha fatto corretta applicazione la Corte territoriale, non fondando dunque l'accertata responsabilità degli attuali ricorrenti solo in ragione della mera posizione rivestita ma in ragione dello specifico riferimento alle gravissime carenze organizzative imputabili ai vertici societari e, in particolare ai tre membri del consiglio di amministrazione di PAVER COSTRU-ZIONI. Trattasi dell'accertata assenza di programmazione dell'attività volta tanto alla produzione delle lastre in oggetto in termini di conformità al progetto specificatamente predisposto per la loro creazione ovviando al rischio di ribaltamento, in vista della realizzazione del muro di contenimento della vasca di raccolta delle acque, quanto alla successiva installazione con tecniche tali da gestire il detto rischio di ribaltamento.

La totale assenza di programmazione è stata accertata con particolare riferimento alle procedure di controllo anche circa l'effettiva idoneità tecnica del prefabbricato nell'ottica della gestione dello specifico rischio. È stata accertata, per converso, una prassi, questa, sì, sostanzialmente ritenuta procedimentalizzata dalla Corte territoriale, al fine di rendere fittizio il controllo del rispetto delle specifiche tecniche necessarie per evitare il rischio di ribaltamento. Il vizio organizzativo è stato ritenuto tale da investire non solo la produzione dello specifico prefabbricato, di fatto ribaltatosi, ma l'intero processo produttivo, in termini di "chiara politica aziendale", cui gli operai avrebbero dovuto conformarsi, volta a dare prevalenza alla puntualità dei tempi di consegna rispetto alla qualità del prodotto finito, anche in termini di idoneità dello stesso alla gestione del rischio di ribaltamento, con conseguente subordinazione delle esigenze della sicurezza a quelle sottese al profitto. 6.2. Quanto agli altri profili di censura, occorre rilevare che le argomentazioni di cui innanzi sono state altresì poste alla base dell'esclusione dell'interruzione del nesso causale, prospettata dalla difesa argomentando dal comportamento abnorme di altro dipendente di PAVER COSTRUZIONI, essendo stato l'evento ritenuto concretizzazione della totale carenza di procedimentalizzazione dell'attività produttiva nei termini innanzi richiamati. Ne è conseguita la non eccentricità del rischio attivato dall'intervento di H.H., implicante la modifica della lastra già costruita, rispetto al rischio (anche di ribaltamento) cui il datore di lavoro (nella specie il consiglio di amministrazione) era invece chiamato a governare (circa la necessità, ai fini dell'interruzione del nesso causale tra condotta del reo ed evento, che il comportamento attivi un rischio eccentrico o, se si vuole, esorbitante dalla sfera di rischio governata dal soggetto al quale viene attribuito l'evento, per tutte, Sez. U, n. 38343 del 24/04/2014, Espenhahn, in motivazione; si vedano altresì per la successiva applicazione e elaborazione del principio in relazione a plurime fattispecie, ex plurimis: Sez. 4, n. 30814 del 11/05/2022, Lo Nero; Sez. 4, n. 15124 del 13/12/2016, dep. 2017, Gerosa, Rv. 269603-01).

Sono infine inconferenti le doglianze incentrate sull'essere il lavoratore infortunato alle dipendenze di altro datore di lavoro (PAVIMENTAL) nel mentre operava nel relativo cantiere, trattandosi di cantiere ove era prevista e programmata l'operatività, ancorché in temi diversi, di più imprese, tra cui PAVER COSTRUZIONI che avrebbe dovuto gestire anche lo specifico rischio di ribaltamento cui era esposto anche il citato Manuel Bricali (sul punto si veda, ex plurimis, sez. 4, n. 32899 dell'08/01/ 2021, Castaldo, Rv. 281997, nonché la successiva-Sez. 4, n. 31813 del 18/04/2023, Crispo).

(omissis).

# La responsabilità penale degli amministratori tra delega di funzioni e procura endoconsiliare in materia di sicurezza sul lavoro

di Enrico Maria Canzi (\*)

Con la sentenza n. 40682/2024 la Corte di Cassazione penale ha affermato la responsabilità penale dell'intero Consiglio di Amministrazione a seguito di un infortunio mortale di un lavoratore, pur in presenza di deleghe di funzioni exart. 16, D.Lgs. n. 81/2008 e di deleghe gestorie exart. 2381 c.c. La Suprema Corte ha analizzato in modo dettagliato la differenza di tali deleghe e le differenti consequenze che ne derivano in termini di dovere di vigilanza per il datore di lavoro e/o per il Consiglio di Amministrazione.

With the Sentence in question, the Court of Cassation affirmed the criminal liability of the entire Board of Directors following a fatal accident involving a worker, even in the presence of delegations of functions pursuant to art. 16 Legislative Decree 81/08 and management delegations pursuant to art. 2381 of the Civil Code. The Supreme Court analyzed in detail the difference between these delegations and the different consequences that derive from them in terms of the duty of supervision for the employer and/or for the Board of Directors.

#### **Premessa**

Con la sentenza n. 40682/2024 la Corte di cassazione, nel ribadire e confermare un orientamento costante in punto di responsabilità del C.d.A. (1), ha avuto modo di soffermarsi, a distanza di poco più di un anno (2), sulla differenza tra delega di funzioni ex art. 16, D.Lgs. n. 81/2008 e la delega gestoria ex art. 2381 c.c.

Nonostante, infatti, le due differenti tipologie di deleghe abbiano - ciascuna - un preciso riferimento normativo (3), come rilevato dalla stessa Corte di cassazione (4), la prassi applicativa ha reso non sempre chiara la distinzione tra le stesse, con possibile confusione di ruoli e di responsabilità:

"Non di rado, peraltro, come si dirà, anche nella giurisprudenza della Suprema Corte la differenza fra i due tipi di delega non è stata sufficientemente enucleata, con conseguente confusione di piani che invece vanno tenuti distinti" (5).

La Sentenza in commento, grazie alla compiuta disamina dei due istituti, consente, poi, di interrogarsi in ordine alla concreta portata del dovere di vigilanza che residua in capo ai deleganti e di come questo dovere si atteggia nel contesto della procura endoconsiliare ex art. 2381 c.c. (6), rispetto al contesto della delega di funzioni ex art. 16, D.Lgs. n. 81/2008 (7).

#### II fatto

L'infortunio mortale è avvenuto mentre un lavoratore della società A) stava eseguendo il getto di calcestruzzo tra una vasca di contenimento delle acque e le nove lastre prefabbricate e precedentemente installate dalla società B), a causa del distacco e rovesciamento di una di queste lastre, che ha travolto il soggetto, poi, deceduto.

Come si legge nella Sentenza, i giudizi di merito, con riguardo alla precisa dinamica dell'evento, avevano accertato che la predetta lastra fosse caratterizzata da

<sup>(\*)</sup> Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

<sup>(1)</sup> Da ultimo si veda Cass. Pen., Sez. IV, 4 febbraio 2020, n. 7564; Cass. Pen., Sez. IV, 23 novembre 2021, n. 2157; Cass. Pen., SS.UU., 18 settembre 2014, n. 38343.

<sup>(2)</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 20 ottobre 2022, n. 8476, dep. 2023, Rinaldi, Rv. 284360-01

<sup>(3)</sup> Ci si riferisce all'art. 2381 c.c. ed all'art. 16, D.Lgs. n. 81/ 2008.

<sup>(4)</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 20 ottobre 2022, n. 8476, dep. 2023, Rinaldi, Rv. 284360-01.

<sup>(5)</sup> Cfr. nt. 2 e 4.

<sup>(6)</sup> Nell'ambito della Dottrina di matrice civilistica il ruolo e la funzione dell'art. 2381 c.c. è dettagliato da P. Montalenti, I

problemi della Governance, in Giur. comm., 1° aprile 2024, 368. Del medesimo Autore si veda anche La corporate governance nella società per azioni: profili generali, in AA.VV., Trattato delle Società-Collana OMNIA, II, a cura di Donativi, Milano, 2022

<sup>(7)</sup> Anche prima dell'intervento legislativo che con l'art. 16, D.Lgs. n. 81/2008 ha tipizzato l'istituto della delega in ambito salute e sicurezza, la Dottrina ha lungamente affrontato l'argomento. Si vedano Sgubbi, Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento, Padova, 1975; T. Padovani, Diritto penale del lavoro profili generali, Milano, 1983; A. Fiorella, II trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa, Firenze, 1985; C. Pedrazzi, Profili problematici del diritto penale d'impresa, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1988; D. Pulitanò, Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale), in Dig. disc. pen., Torino, 1992.

# Diritto penale commerciale - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l. Giurisprudenza

gravissimi vizi di progettazione e costruzione e che proprio questi vizi avevano avuto un rilievo causale nell'evento prodottosi.

In particolare, il rovesciamento della lastra era stato causato dal "cedimento dei vincoli superiori di ancoraggio, perché non eseguiti in fase di costruzione e, quindi, non inglobati nella lastra, come invece previsti dal progetto. Essi erano stati realizzati a posteriori, mediante inserti apposti previa trapanatura del manufatto..." (così la Sentenza in commento sub par. 2.1).

#### La decisione (a) La rilevanza dell'organizzazione

A seguito dei giudizi di merito, che avevano visto la condanna, tra gli altri, membri del C.d.A. della società B - ossia la società incaricata della fabbricazione delle lastre coinvolte nell'evento infortunistico - la Cassazione viene chiamata dai ricorrenti ad esprimersi in merito alle rispettive responsabilità, in un contesto in cui - e questo è un profilo di chiaro interesse - era stata rilasciata sia una delega gestoria ex art. 2381 c.c., che una delega di funzioni ex art. 16, D.Lgs. n. 81/2008.

Nel rispettivo percorso motivazionale, I Giudici di Legittimità prendono le mosse dalle carenze organizzative riscontrate dai Giudici di merito, dimostrando, in tal modo, di porsi pienamente nel solco dell'interpretazione della Suprema Corte, che, coerentemente al dettato dell'art. 2381 c.c. (8), pone in capo al datore di lavoro - e quindi certamente al C.d.A. - il dovere organizzativo: "2.3. I giudici di merito hanno fatto specifico riferimento a gravissime carenze organizzative imputabili ai vertici societari e, in particolare, per quanto ancora rileva in questa sede, ai tre membri del consiglio di amministrazione di...

Ciò in ragione dell'accertata assenza di programmazione dell'attività volta tanto alla produzione delle lastre in oggetto in termini di conformità al progetto specificatamente predisposto per la loro creazione, in vista della realizzazione del muro di contenimento della vasca di raccolta delle acque, quanto alla successiva installazione cori tecniche tali da gestire il rischio di ribaltamento.

La totale assenza di programmazione è stata accertata con particolare riferimento alle procedure di controllo della qualità in termini non di mera conformità necessaria per la marcatura 'CE', pur formalmente presente, ma di effettiva idoneità tecnica del prefabbricato nell'ottica della gestione dello specifico rischio. Ciò in ragione dell'accertata prassi, questa, sì, sostanzialmente ritenuta procedimentalizzata dalla Corte territoriale, quale aspetto, ritenuto dal giudice di merito, 'più sconcertante della vicenda', al fine di rendere fittizio il controllo del rispetto delle specifiche tecniche necessarie per evitare il rischio di ribaltamento.

Il controllo era difatti solo astrattamente previsto come bifasico, cioè da svolgersi sia prima che dopo la realizzazione dei PREFABBRICATI, ma preordinatamente omesso".

Il passaggio della Motivazione (cfr. par. 2.3) risulta di particolare interesse perché certifica la crescente consapevolezza in ordine alla rilevanza che riveste la presenza di procedure strutturate ed adeguatamente vigilate e facenti parte di sistemi organizzativi formalizzati (quale ad esempio il sistema di gestione di cui all'art. 30, D.Lgs. n. 81/2008 e/o il Modello Organizzativo di cui al D.Lgs. n. 231/2001) (9).

Come si evidenzia nel passaggio immediatamente successivo, a parere dei Giudici di legittimità, la rilevata carenza ha agevolato, in termini rilevanti, la condotta che appare quasi dolosa - della persona fisica: "I certificati dì conformità, come peraltro avvenuto nella specie, erano difatti abitualmente predisposti e controfirmati prima della produzione dei manufatti e successivamente apposti sugli stessi in assenza di alcuna effettiva verifica del prodotto, anche in ragione della sistematica violazione delle procedure di controllo, solo formalmente previste dal responsabile..., in forza della concreta organizzazione dell'attività lavorativa.

Il vizio organizzativo è stato ritenuto tale da investire ... l'intero processo produttivo, così da impedire, di fatto, il controllo demandato al caporeparto che, peraltro, per forza di cose, non avrebbe potuto coprire turni consecutivi di 16 ore, come invece avrebbe preteso il concreto formale assetto organizzativo.

Proprio la totale carenza di procedimentalizzazione dell'attività produttiva, ... ha nella specie fondato l'intervento di ..., lavoratore dipendente di ..., implicante la modifica delle lastre già costruite per..., accertato come causalmente collegato al ribaltamento" (10).

Il comportamento dell'infortunato, nell'opinare della Cassazione, quindi, è stato consentito dalla

<sup>(8)</sup> Ci si riferisce in particolare al terzo comma ove si prevede che il Consiglio di Amministrazione "Sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società'

<sup>(9)</sup> Sul punto Cass. Pen., Sez. IV, 28 dicembre 2023, n. 51455; Cass. Pen., Sez. IV, 9 novembre 2017, n. 52536 e cfr. infra par. d).

<sup>(10)</sup> Trattasi di intervento consistente nell'inserimento di tasselli previa foratura con trapano del prefabbricato, per sopperire all'assenza delle previste e progettate boccole da inglobare in fase di fabbricazione. Il controllo solo visivo, meramente occasionale e rimesso all'iniziativa dei lavoratori dipendenti, nella specie Pi.Ma., oltre a dimostrare le contestate carenze formative e informative.

# Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l. penale commerciale Giurisprudenza

scelta di non eseguire il secondo controllo, vale a dire quello successivo alla produzione del "prefabbricato", e, a sua volta, questa scelta è stata consentita dal difetto di organizzazione imputabile - di per sé all'intero C.d.A.

In altre parole, nelle motivazioni della Sentenza, si attribuisce alla carenza organizzativa il ruolo di antecedente fattuale/causale rispetto alla condotta che ha portato all'evento, ossia l'omessa verifica, ex post, della conformità del prodotto.

#### (segue) (b) Le deleghe e le responsabilità dei singoli

Tanto premesso, quanto alle posizioni soggettive, i Giudici di legittimità, nel valutare, nel dettaglio, la responsabilità dei membri del C.d.A., hanno compiuto un'accurata analisi della disciplina e delle relative differenze che caratterizzano la delega di funzioni ex art. 16, D.Lgs. n. 81/2008 e la procura endoconsiliare di cui all'art. 2381 c.c., rilevando che "Trattasi di deleghe con differenti strutture ontologiche e conseguenti ricadute in termini di contenuto e di residui doveri in capo all'organo delegante, come chiarito da Sez. 4, n. 8476 del 20/10/2022, dep. 2023, Rinaldi, Rv. 284360-01, con l'iter logicogiuridico di seguito evidenziato" (cfr. sentenza para. 5) (11).

L'analisi combinata della sentenza in commento con il precedente a lungo citato dalla stessa Corte (ossia Cass. Pen. Sez. 4, n. 8476 del 20/10/2022, dep. 2023, Rinaldi, Rv. 284360-01) consente, in sintesi, di porre l'attenzione sui seguenti punti:

- la delega di funzioni ex art. 16, D.Lgs. n. 81/2008 determina un trasferimento di poteri in senso verticale. A seguito della redazione e della relativa accettazione, il delegato assume un ruolo e dei poteri che,

prima di allora, non aveva. Trattasi quindi di investitura a titolo derivativo.

- La procura endoconsiliare prevista dall'art. 2381 c.c., invece, determina la concentrazione del ruolo e dei poteri/doveri datoriali in un soggetto, o in un comitato, che, in quanto appartenente al C.d.A., da quei poteri e da quelle responsabilità era già investito (12) a titolo originario.

Da questa fondamentale differenza discende che la procura endoconsiliare non soggiace ai limiti ed alle forme di cui all'art. 16, D.Lgs. n. 81/2008.

L'amministratore delegato individuato quale datore di lavoro in virtù di quanto disposto dall'art. 2381 c.c., ad esempio, potrà - e dovrà - redigere il documento di valutazione dei rischi "DVR", compito che, invece, come noto, non può essere attribuito al destinatario di una delega di funzioni di cui all'art. 16, D.Lgs. n. 81/ 2008, essendo, questo, un obbligo non delegabile da parte del datore di lavoro (cfr. art. 17, D.Lgs. n. 81/ 2008).

Inoltre, quanto agli aspetti formali che contraddistinguono le due deleghe, "mentre nella disciplina dettata dall'art. 16 D.Lgs. n. 81 del 2008, il conferimento del potere di spesa è requisito essenziale della delega di funzioni e deve essere adeguato in relazione alle necessità connesse allo svolgimento delle funzioni delegate, nella disciplina della delega gestoria, che, si ricorda, è rilasciata a un soggetto già investito della funzione datoriale e dei relativi poteri ivi compreso quello di spesa, non vi è analogo riferimento" (cfr. sentenza par. 5.2.3).

Dal punto di vista pratico, poi, va osservato che il datore di lavoro ai fini del D.Lgs. n. 81/2008 - così individuato all'esito del rilascio di una procura endoconsiliare ex art. 2381 c.c. - potrà, a sua volta,

essendo il detto operaio ignaro di non poter modificare il manufatto, è stato peraltro accertato essere il frutto di una "chiara politica aziendale". Politica, a cui l'operaio avrebbe dovuto conformarsi, volta a dare prevalenza alla puntualità dei tempi di consegna rispetto alla qualità del prodotto finito, anche in termini di idoneità dello stesso alla gestione del rischio di ribaltamento, con conseguente subordinazione delle esigenze della sicurezza a quelle sottese al profitto.

(11) In dottrina, con riguardo al confine della vigilanza del datore di lavoro delegante si veda F. D'Alessandro, La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro alla luce del decreto correttivo n. 106/2009, in Riv. it. dir. proc. pen., 2010; E. Basso - A. Viglione, I soggetti responsabili e sanzioni in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro, Torino, 2016; V. Mongillo, La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del d.las. n. 81/2008 e del decreto "correttivo". in www. penalecontemporaneo.it, 2012.

(12) Così la sentenza al par. 5.2.3: Conclusivamente sul punto, sempre condividendo l'iter logico-giuridico di cui innanzi e sotteso a Sez. 4, n. 8476 del 2023, Rinaldi: la delega di funzioni prevista dall'art. 16 del D.Lgs. n. 81 del 2008 presuppone un trasferimento di poteri e correlati obblighi dal datore di lavoro verso altre figure non qualificabili come tali e che non lo divengono per effetto della delega. La delega di gestione, anche quando abbia a oggetto la sicurezza sul lavoro, invece, nel caso di strutture societarie complesse, consente di concentrare i poteri decisionali e di spesa connessi alla funzione datoriale, che fa capo a una pluralità di soggetti (ovvero i membri del consiglio di amministrazione), su alcuni di essi.

Con la delega ex art. 16 D.Lgs. n. 81 del 2008 si opera il trasferimento di alcune funzioni proprie del ruolo datoriale; i delegati vengono investiti di poteri e di doveri dei quali sono privi a titolo originario. Di contro, fra soggetti che sono a titolo originario titolari della posizione di datore di lavoro non è concepibile il trasferimento della funzione ma solo l'adozione di un modello organizzativo tale per cui taluni poteri decisionali e di spesa - se del caso anche quelli relativi alla sicurezza e alla salute dei lavoratori vengono affidati alla gestione di alcuni tra i datori.

Il fatto che nel primo caso venga in rilievo il trasferimento di alcune funzioni e nel secondo caso la concentrazione dell'esercizio (rectius: della gestione) della funzione, determina conseguenze in ordine al contenuto della delega, nonché in ordine alla modulazione dei rapporti fra deleganti e delegati.

# Diritto penale commerciale - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l. Giurisprudenza

conferire una delega ex art. 16, D.Lgs. n. 81/2008 ed il soggetto delegato potrà subdelegare talune attività: in caso di conferimento di delega ex art. 16, D.Lgs. n. 81/2008, invece, come detto, vi sarebbe esclusivamente la possibilità di una subdelega ai sensi dell'art. 16, comma 3-bis, D.Lgs. n. 81/2008.

La distinzione testé assume particolare rilevanza nelle realtà di grandi dimensioni ove l'esigenza di effettiva e concreta gestione del rischio può rendere necessaria una ramificazione verso il basso delle posizioni di garanzia. In tali contesti la possibilità di individuare un datore di lavoro in seno al C.d.A. (grazie ad una procura endoconsiliare ex art. 2381 c.c.) con successiva delega di funzioni ex art. 16, D.Lgs. n. 81/2008 ed eventuale subdelega, può rappresentare un'opzione importante per il controllo e la gestione "sul campo" del rischio (13).

#### (Segue) (c) Il residuo dovere di vigilanza ed il suo effettivo perimetro

Elemento comune alle differenti deleghe oggetto della precedente disamina è il residuo dovere di vigilanza che rimane in capo agli altri membri del C.d.A. e/o al datore di lavoro delegante.

La Sentenza qui commentata, in modo piuttosto sbrigativo, nell'individuare la responsabilità del C. d.A. nonostante la presenza, nella specie, di entrambe le tipologie di deleghe, ha affermato quanto segue:

"Orbene, [...] deve ribadirsi che nelle società di capitali, gli evidenziati obblighi a carico del datore di lavoro gravano indistintamente su tutti i componenti del consiglio di amministrazione, salvo il caso di delega, validamente conferita, della posizione di garanzia ([Cass. Pen. N.d.R.] Sez. 4, n. 8118 del 01/ 02/2017, Ottavi, Rv. 269133-01).

Al detto caso (presenza di deleghe validamente conferite), proseguendo nell'evidenziato solco interpretativo tracciato dalla Suprema Corte, deve in questa sede aggiungersi quello in cui, pur in presenza di deleghe gestorie ex art. 2381 cod. civ. (come quelle conferite a BB e CC) e di deleghe di funzioni ex art. 16, D.Lgs. n. 81 del 2008, l'evento, come nella specie, sia risultato la concretizzazione della totale carenza di effettiva procedimentalizzazione dell'attività produttiva quale politica aziendali volta a subordinare le esigenze della sicurezza rispetto al profitto.

In tale fattispecie, difatti, il consiglio di amministrazione, stanti, nel caso di delega gestoria, il dovere di vigilanza sull'andamento della gestione e il potere sostitutivo finalizzato all'esercizio della facoltà all'intervento in funzione sostitutiva, e, nel caso di delega di funzioni, il dovere di vigilanza, è gravato dall'obbligo inerente la gestione del rischio essendo il titolare del fascio di poteri in grado di incidere su esso perché su esso influente tramite l'adottata politica aziendale" (14).

Il "dovere di vigilanza", pertanto, definisce fondamentalmente sia il contenuto dell'obbligazione residua in capo al C.d.A., in caso di delega gestoria ex art. 2381 c.c., sia quello in capo al delegante nel contesto dell'art. 16, D.Lgs. n. 81/2008.

Al riguardo, per tentare di offrire un contributo di concretezza in ordine all'effettiva portata di tale dovere, opportuno svolgere alcune considerazioni.

Fermo restando che, tanto per gli amministratori, quanto per il datore di lavoro delegante residua il dovere di porre rimedio a situazioni di pericolo o di palesi carenze di cui gli stessi siano venuti a conoscenza, è significativo osservare come l'art. 2381 c.c. al comma 3, tra l'altro, disponga che "Il consiglio di amministrazione determina il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega; può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega".

La disposizione codicistica, quindi, pone espressamente in capo al C.d.A. il diritto/dovere di avocare a sé operazioni rientranti nella delega (quella gestoria per l'appunto) e difatti, in ogni caso, gli amministratori, ai sensi dell'art. 2392, comma 2 (15), sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza

<sup>(13)</sup> In dottrina sul punto si veda T. Vittarelli, La disciplina della delega di funzioni, in F. Giunta - D. Micheletti (a cura di), Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro, Milano, 2010

<sup>(14)</sup> Da quanto affermato la Sentenza in esame, poi, ha tratto la seguente conclusione: "Del principio di cui innanzi ha fatto corretta applicazione la Corte territoriale, non fondando dunque l'accertata responsabilità degli attuali ricorrenti solo in ragione della mera posizione rivestita ma in ragione dello specifico riferimento alle gravissime carenze organizzative imputabili ai vertici societari e, in particolare ai tre membri del consiglio di amministrazione della (omissis) (N.d.R. società committente).

<sup>[...]</sup> La totale assenza di programmazione è stata accertata con particolare riferimento alle procedure di controllo anche circa

l'effettiva idoneità tecnica del prefabbricato nell'ottica della gestione dello specifico rischio.

<sup>[...]</sup> Il vizio organizzativo è stato ritenuto tale da investire non solo la produzione dello specifico prefabbricato, di fatto ribaltatosi, ma l'intero processo produttivo, in termini di 'chiara politica aziendale', cui gli operai avrebbero dovuto conformarsi, volta a dare prevalenza alla puntualità dei tempi di consegna rispetto alla qualità del prodotto finito, anche in termini di idoneità dello stesso alla gestione del rischio di ribaltamento, con conseguente subordinazione delle esigenze della sicurezza a quelle sottese al profitto".

<sup>(15)</sup> Così la previsione normativa "in ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381 sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il

# Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l. penale commerciale Giurisprudenza

di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose (16).

Nel contesto della delega di funzioni, invece, in capo al datore di lavoro permane l'obbligo di vigilanza in ordine all'esercizio stesso della delega, ma tale dovere va misurato tenendo in considerazione che la vigilanza non deve estrinsecarsi in una ingerenza nell'operatività e nella gestione dei compiti delegati, pena il venir meno della stessa validità della delega (17).

Difatti, come è stato recentemente affermato, "nella interpretazione giurisprudenziale, da quella previsione discende che l'obbligo di vigilanza del datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite non impone la concreta, minuta conformazione delle singole lavorazioni - che la legge affida al garante - concernendo, invece, la correttezza della complessiva gestione del rischio da parte del delegato; ne consegue che l'obbligo di vigilanza del delegante è distinto da quello del delegato - al quale vengono trasferite le competenze afferenti alla gestione del rischio lavorativo - e non impone il controllo, momento per momento, delle modalità di svolgimento delle singole lavorazioni" (18).

In un contesto di fisiologico assolvimento della delega da parte del soggetto delegato, la vigilanza del datore di lavoro, quindi, non deve mai sconfinare nell'ingerenza, fatto che tradirebbe una sostanziale inesistenza ed inoperatività della delega stessa con conseguenti possibili responsabilità in capo al datore ed al delegato. La delega gestoria, invece, come visto, consente sempre al C.d.A. il diritto/dovere di avocare a sé operazioni rientranti nella delega.

Segue) (d) L'impatto del Modello di gestione ex art. 30, D.Lgs. n. 81/2008 e del modello di cui al D.Lgs. n. 231/2001 rispetto alla posizione del datore di lavoro delegante

Come in precedenza rilevato, appare ora significativo rimarcare come fondamentale importanza, nel contesto qui esaminato, rivesta l'adozione di un modello di organizzazione aziendale per la prevenzione degli infortuni conforme al dettato dell'art. 30, D.Lgs. n. 81/2008 e integrato in un "modello 231" effettivo, idoneo ed efficacemente attuato.

Importanza che assume rilievo anche e "solo" dalla prospettiva della difesa della persona fisica e, quindi, del tutto a prescindere dalla effettiva contestazione dell'illecito amministrativo ai sensi del D.Lgs. n. 231/ 2001 alla Società nell'ambito del procedimento penale a carico del datore di lavoro e scaturito dall'infortunio (19).

Sul punto risulta decisivo ricordare che:

- da tempo la Cassazione ha rimarcato come la gestione della salute e sicurezza dei lavoratori debba essere gestita attraverso l'organizzazione, ritenendosi "che la prevenzione si debba basare sulla programmazione del sistema di sicurezza aziendale nonché su un modello 'collaborativo' di gestione del rischio da attività lavorativa" (20). Infatti, per dare concretezza soggettiva all'organizzazione "sono stati... delineati i compiti di una serie di soggetti - anche dotati di specifiche professionalità -, nonché degli stessi lavoratori, funzionali ad individuare ed attuare le misure più adeguate a prevenire i rischi connessi all'esercizio dell'attività d'impresa" (21);

compimento o eliminarne o attenuarne le consequenze dannose"

(16) Sul punto la Giurisprudenza di matrice civilistica ha affermato che: "In tema di società di capitali, gli amministratori privi di deleghe non sono responsabili per una generale omissione di vigilanza, ma, in ragione del dovere di agire informati ex art. 2381 c.c., rispondono delle conseguenze dannose della condotta degli amministratori esecutivi solo quando non abbiano impedito fatti pregiudizievoli di quest'ultimi, in virtù della conoscenza o della possibilità di conoscenza di elementi tali da sollecitare il loro intervento, alla stregua della diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito, che aveva ritenuto responsabili gli amministratori privi di deleghe, per non aver acquisito, dagli amministratori operativi o dal collegio sindacale, informazioni al fine di verificare la congruità del valore di un conferimento di azienda, sebbene la società, nei due anni successivi ad esso, aveva riportato ingenti perdite, in contrasto con il business plan in base al quale l'esperto aveva effettuato la stima, che prevedeva il conseguimento di utili per entrambe le annualità)" (Cass. Civ., Sez. I, 29 maggio 2024, n. 15054).

(17) Sul punto si vedano: Cass. Pen., Sez. IV, 21 settembre 2022, n. 34943 (ud. 24 maggio 2022); Cass. Pen., Sez. IV, 12 luglio

2021, n. 26332 (ud. 8 aprile 2021), ed in termini più generici sul concetto di ingerenza anche Cass. Pen., SS.UU., 18 settembre 2014, n. 38343 (ud. 24 aprile 2014).

(18) Cass. Pen., Sez. IV, 28 dicembre 2023, n. 51455. La pronuncia sul punto precisa ancora che "...la stessa previsione: (oggi ancor più cogente che in passato: si legga l'art. 18, comma 1, lett b-bis d.lgs. 81/2008(...)) di una necessaria articolazione di ruoli e funzioni sta ad indicare che il controllo richiesto al datore di lavoro non è personale e quotidiano e che, ogni volta che le dimensioni dell'impresa non consentano un controllo diretto, è affidato a procedure: report, controlli a campione, istituzione di ruoli dirigenziali e quanto altro la scienza dell'organizzazione segnali come idoneo allo scopo nello specifico contesto"

(19) Sulla rilevanza dell'organizzazione anche dalla prospettiva della responsabilità del singolo si veda, Miani e Toffoletto, I reati sul lavoro, Torino, 2019; F. D'Alessandro, La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro alla luce del decreto correttivo n. 106/2009, in Riv. it. dir. proc. pen., 2010; M. Belli, Commento agli artt. 16 e 17, in L. Montuschi (a cura di), La nuova sicurezza sul lavoro commento al D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche, III, Bologna, 2011.

(20) Cass. Pen. n. 52536/2017, cit.

(21) Cfr. nt. 20.

# Diritto penale commerciale - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l. Giurisprudenza

- immediata e diretta conseguenza di quanto appena riportato è l'ampliamento della "visuale" attraverso la quale il Giudice è chiamato a valutare le responsabilità soggettive: "ne deriva una diversa prospettiva dalla quale il giudice del merito è tenuto ad accertare la sussistenza delle posizioni di garanzia e le, conseguenti, responsabilità penali per omissione di dovute cautele; se il nuovo sistema di sicurezza aziendale si configura come procedimento di programmazione della prevenzione globale dei rischi, si tratta, in sostanza, di ampliare il campo di osservazione dell'evento infortunistico, ricomprendendo nell'ambito delle omissioni penalmente rilevanti tutti quei comportamenti dai quali sia derivata una carente programmazione dei rischi" (22);

- anche e proprio con riguardo alla misura del dovere di vigilanza che residua in capo al datore di lavoro delegante la giurisprudenza, come in parte già visto sopra, ha rimarcato che "...la stessa previsione: (oggi ancor più cogente che in passato: si legga l'art. 18, comma 1, lett b-bis d.lgs. 81/2008(...)) di una necessaria articolazione di ruoli e funzioni sta ad indicare che il controllo richiesto al datore di lavoro non è personale e quotidiano e che, ogni volta che le dimensioni dell'impresa non consentano un controllo diretto, è affidato a procedure: report, controlli a campione, istituzione di ruoli dirigenziali e quanto altro la scienza dell'organizzazione segnali come idoneo allo scopo nello specifico contesto" (23). La "scienza dell'organizzazione" - espressione fortemente evocativa delle fondamenta dei Modelli di Gestione (ex art. 30, D.Lgs. n. 81/2008) e dei modelli ex D.Lgs. n. 231/2001 - è ciò che offre al datore di lavoro lo strumento per adempiere al compito di organizzare l'impresa in conformità alla legge e, al contempo, per assolvere al compito di vigilanza rispetto al delegato;

- su tale specifico ed ultimo punto, infatti, risulta determinante ricordare come anche a livello normativo sia previsto un esplicito rinvio ai modelli di gestione quale elemento che consente di ritenere assolto il dovere di vigilanza che residua in capo al delegante: ci si riferisce al disposto del comma 3 dell'art. 16, D.Lgs. n. 81/2008 secondo cui si ritiene adempiuto il predetto obbligo in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4, D.Lgs. n. 81/2008, ossia di quell'organizzazione aziendale che prevede il costante controllo in ordine al funzionamento del sistema di gestione di cui all'art. 30, D.Lgs. n. 81/ 2008.

#### Conclusione

Dall'analisi della pronuncia commentata è possibile rilevare come l'attribuzione al "datore di lavoro" del dovere di massima sicurezza possibile, oggi ponga in capo al garante un dovere più esteso, ossia quello di conformare l'intera organizzazione aziendale alla finalità di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori.

Nell'adempiere a tale compito è doveroso e necessario fare ricorso a tutti quegli strumenti che "la scienza dell'organizzazione segnali come idonei[N.d.R.] allo scopo nello specifico contesto" (24), tra i quali, certamente, si annoverano il modello di gestione di cui all'art. 30, D.Lgs. n. 81/2008 ed il modello organizzativo di cui al D.Lgs. n. 231/2001.

Modelli, entrambi, che fondano parte del rispettivo funzionamento sulla precisa individuazione di ruoli e responsabilità, il che certifica ulteriormente l'importanza della distinzione tra la delega gestoria ex art. 2381 c.c. e delega di funzioni ex art. 16, D.Lgs. n. 81/ 2008, oggetto di approfondimento della Sentenza qui commentata.

Una chiara e consapevole ripartizione soggettiva delle responsabilità attraverso un uso appropriato degli strumenti legislativi è la prima evidenza di una buona organizzazione.

(22) Cfr. nt. 20.

(23) Cass. Pen., Sez. IV, 28 dicembre 2023, n. 51455.

(24) Cfr. nt. 22.

## Pignoramento di quote societarie

Cassazione Civile, Sez. III, 16 settembre 2024, n. 24859 - Pres. F. De Stefano - Rel. P. Condello - G.V. c. A.F. e Società Italiana di Revisione e Fiduciaria S.I.R.E.F. S.p.a. (Siref Fiduciaria S.p.a. o Sirefid S.p.a.)

Società a responsabilità limitata - Quote - Pignoramento - Intestazione della partecipazione a società fiduciaria - Forma del pignoramento

(Cod. civ. art. 2471; cod. proc. civ. art. 543)

Il pignoramento della quota di società a responsabilità limitata, laddove essa sia intestata a una società fiduciaria operante ai sensi della L. n. 1966/1939, si esegue non già nelle forme del pignoramento presso terzi, ma ai sensi dell'art. 2471, comma 1, c.c., mediante notificazione sia alla società cui si riferisce la quota sottoposta ad esecuzione sia alla società che ne è intestataria formale, nonché a mezzo della successiva iscrizione nel registro delle imprese, generando l'intestazione formale un fenomeno di dissociazione tra la situazione di "proprietà sostanziale", che resta in capo al fiduciante, e la "proprietà formale", che ricade in capo alla fiduciaria, per effetto del quale la fiduciaria acquista la sola legittimazione all'esercizio dei diritti sociali.

Società a responsabilità limitata - Quote - Pignoramento - Intestazione della partecipazione a società fiduciaria - Forma del pignoramento - Nullità

(Cod. civ. art. 2471; cod. proc. civ. art. 543)

Il pignoramento di quota intestata a società fiduciaria attuato nelle forme del pignoramento presso terzi (artt. 543 ss. c.p.c.) e non nelle forme del pignoramento diretto *ex* art. 2471 c.c. è nullo e la detta nullità è rilevabile anche di ufficio dal giudice dell'esecuzione.

#### La Corte (omissis).

2. Con il primo motivo del ricorso principale A.A. denunzia "violazione dell'art. 24 Cost., nonché la violazione e falsa applicazione degli artt. 617 e 618 c.p.c. e degli artt. 2913 e 2917 cod. civ.", per avere il Tribunale affermato che il pignoramento eseguito avesse perso immediatamente efficacia a seguito dell'ordinanza del Giudice dell'esecuzione del 9 giugno 2016, che aveva dichiarato la nullità dello stesso pignoramento e la conseguente estinzione del procedimento, pur in pendenza dei termini per la proposizione dell'opposizione agli atti esecutivi.

Sostiene che non è condivisibile l'affermazione secondo cui il pignoramento eseguito abbia immediatamente perso efficacia, dal momento che il provvedimento reso dal Giudice dell'esecuzione, "potendo essere impugnato dalle parti, con il solo limite temporale di cui all'art. 617 cod. proc. civ., sia prima che dopo l'esecuzione", non preclude l'esame nel merito dei motivi di opposizione agli atti esecutivi e, in caso di loro fondatezza, l'accoglimento dell'opposizione, dovendo il provvedimento opposto essere annullato, "ponendone nel nulla, retroattivamente, gli effetti prodotti in sede esecutiva".

Aggiunge che questa interpretazione è l'unica compatibile con l'art. 24 della Costituzione perché, se l'esecuzione del provvedimento impugnato impedisse di accogliere l'opposizione, non solo sarebbe violato il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e si priverebbe il rimedio oppositivo della sua funzione ripristinatoria della legittimità del processo esecutivo, ma si verrebbe, altresì, a contrastare anche il disposto dell'art. 2913 cod. civ., che

sancisce l'inefficacia nei confronti del creditore pignorante degli atti di disposizione dei beni pignorati.

3. Con il secondo motivo del ricorso principale, deducendo la violazione e falsa applicazione degli artt. 543 e 546 cod. proc. civ. e dell'art. 2471 cod. civ., la ricorrente attinge la decisione impugnata nella parte in cui il Tribunale ha affermato che, anche laddove il pignoramento avesse mantenuto la propria efficacia, "comunque la qualità di socio in capo al debitore pignorato sarebbe venuta meno" e così sarebbe venuto meno il bene pignorato. Evidenzia, al riguardo, che il Giudice di merito ha osservato che, "non avendo la creditrice provveduto a iscrivere il pignoramento nel Registro delle imprese o, almeno, alla nomina di un custode, le quote societarie sarebbero state (e sono effettivamente state) comunque perse", in tal modo tralasciando di considerare che, ai sensi del richiamato art. 546, primo comma, cod. proc. civ., dalla notificazione del pignoramento ex art. 543 cod. proc. civ., il terzo (Siref Fiduciaria Spa) era soggetto agli obblighi che la legge imponeva al custode e che nessuna norma prevede, a carico del creditore procedente, l'onere di provvedere alle formalità di cui all'art. 2471 cod. civ.

4. Con il terzo motivo, censurando la decisione gravata in punto di compensazione delle spese di lite nel rapporto con la Siref Fiduciaria Spa, denuncia la violazione dell'art. 111, sesto comma, Cost., nonché la violazione e falsa applicazione degli artt. 132 e 546 cod. proc. civ.

Rappresenta che la sentenza, sul punto, difetta del tutto di "motivazione", perché il Tribunale avrebbe trascurato di valutare che ben prima della re-intestazione delle quote pignorate in capo ad B.B., e, precisamente in data 12 luglio

# Processo, arbitrato e megiazione - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l. Giurisprudenza

2016, aveva notificato anche a Siref Fiduciaria Spa il ricorso ex art. 617 cod. proc. civ. ed il pedissequo decreto di fissazione dell'udienza emesso dal giudice dell'esecuzione, sicché la società fiduciaria era perfettamente a conoscenza della pendenza dell'opposizione ed era soggetta agli obblighi del custode rispetto alle quote pignorate.

5. Con l'unico motivo del ricorso incidentale B.B. deduce la "violazione e falsa applicazione dell'art. 2471 c.c. e dell'art. 92, secondo comma, c.p.c. (art. 111 Cost. e 360, primo comma, n. 3, c.p.c.)" e contesta al Tribunale di avere riconosciuto la legittimità del pignoramento eseguito dalla A.A. secondo le modalità di cui all'art. 543 cod. proc. civ., anziché nel rispetto degli adempimenti specifici di cui all'art. 2471 cod. civ., e per avere fatto discendere da tale statuizione la condanna, a suo carico, al rimborso delle spese di lite in favore della creditrice, sebbene ricorressero i presupposti per disporne la compensazione, in ragione della "assoluta novità della questione trattata".

6. Con l'unico motivo del ricorso incidentale condizionato la Siref Fiduciaria Spa denunzia la violazione e falsa applicazione degli artt. 2352 e 2471-bis cod. civ., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3, cod. proc. civ., per avere il Tribunale, erroneamente, argomentato che la creditrice "al fine di prevalere sull'altro socio estraneo all'esecuzione ed evitare quindi che questo 'proced(esse) da solo alla ricapitalizzazione (...) estromettendo il debitore', 'avrebbe dovuto provvedere all'iscrizione del vincolo nel Registro delle Imprese, presentando altresì istanza di nomina di un custode (n.d.r. di cui chiedere la protrazione della carica inaudita altera parte fino alla definitiva estinzione del procedimento esecutivo) affinché partecipasse all'assemblea straordinaria, se del caso sottoscrivendo la ricapitalizzazione con oneri anticipati dal creditore" (pagg. 6 - 7 della motivazione della sentenza impugnata).

In particolare, sostiene che l'errore in cui sarebbe incorso il Giudice di merito consisterebbe nell'avere ritenuto che sarebbe spettato ad un custode "sottoscrivere la ricapitalizzazione con oneri anticipati dal creditore", sebbene l'art. 2471 cod. civ. nulla disponga in ordine al soggetto titolare dei diritti sociali inerenti alla quota oggetto di pignoramento e nonostante la dottrina e la giurisprudenza abbiano ritenuto che al pignoramento debba applicarsi, in via analogica, l'art. 2471-bis cod. civ. in tema di sequestro delle quote, che a sua volta richiama le diposizioni dell'art. 2352 cod. civ. per il sequestro delle azioni; disposizioni dalle quali discende che il diritto di opzione (rectius, il diritto di sottoscrizione) attribuito dalle quote sottoposte a pignoramento non spetta al custode, bensì al socio titolare della quota pignorata.

7. Il ricorso incidentale proposto da B.B., che, per ragioni di ordine logico, deve essere preliminarmente esaminato, è fondato e merita accoglimento.

7.1. Lo scrutinio del primo profilo di doglianza in cui si articola l'unico motivo pone la questione del se il pignoramento di partecipazioni societarie, nella specie di quote di una società a responsabilità limitata, debba seguire le forme del pignoramento presso terzi o, piuttosto, quella del pignoramento "diretto" previsto dall'art. 2471 cod. civ. e se tale ultima procedura debba trovare applicazione anche nell'ipotesi in cui le quote societarie da sottoporre a vincolo siano fiduciariamente intestate ad un terzo.

7.2. La risposta a tali domande non può che muovere da una preliminare individuazione della natura della quota di una Srl.

Come questa Corte ha già avuto modo di chiarire, all'esito di un complesso processo interpretativo che ha superato le varie teorie che si sono succedute, in dottrina e in giurisprudenza, volte ad individuarne una definizione univoca - la quota di partecipazione in una Srl "esprime una posizione contrattuale obiettivata", caratterizzata da un autonomo valore di scambio, che consente di qualificarla come un bene immateriale equiparabile ad un bene mobile non iscritto in pubblico registro, ai sensi dell'art. 812 cod. proc. civ. (in tal senso, Cass., sez. 3, 21/10/2009, n. 22361).

La quota, pur non potendo considerarsi come bene materiale al pari dell'azione, ha un valore patrimoniale oggettivo, che è dato dalla frazione del patrimonio che rappresenta, ed è trattata dalla legge come oggetto unitario di diritti, oltre che di obblighi (Cass., sez. 3, 12/12/1986, n. 7409; Cass., sez. 1, 23/01/1997, n. 697; Cass., sez. 1, 13/09/ 2007, n. 19161); conseguentemente, essa va annoverata tra i beni che possono essere aggrediti o assoggettati a misure cautelari poste a salvaguardia della garanzia patrimoniale del debitore (Cass., sez. 1, 26/05/2000, n. 6957). 7.3. A conferma di tale assunto, proprio la disciplina dell'attuale art. 2471 cod. civ., nel testo modificato dalla novella del 17 gennaio 2003, n. 6, nell'affermare l'espropriabilità della partecipazione, poggia sul presupposto teorico rappresentato dalla qualificazione della quota di partecipazione in una Srl come bene immateriale e da ciò fa derivare la tipologia di espropriazione da attuare: difatti, se il bene da aggredire non è un credito (recte, una quota) vantato dal debitore verso un terzo, ma un bene immateriale, le forme da utilizzare non sono più quelle del pignoramento presso terzi, ma piuttosto le regole del pignoramento mobiliare presso il debitore, che prevede modalità operative speciali rispetto a - e quindi difformi da - quelle tipizzate dal codice di rito.

Secondo il disposto normativo del citato art. 2471 cod. civ., le partecipazioni di Srl possono essere oggetto di pignoramento soltanto nei confronti del socio che ne è titolare (a nulla rilevando il fallimento della società, che è terzo rispetto al processo esecutivo); il pignoramento "diretto" o "documentale" deve, invero, essere notificato, dal creditore particolare del socio, al debitore ed alla società, per essere poi iscritto e depositato nel registro delle imprese presso la competente camera di commercio, essendo stato soppresso, con la legge 28 gennaio 2009, n. 2, l'ultimo inciso del primo comma dell'art. 2471 cod. civ., che originariamente prevedeva l'onere di annotare il pignoramento nel libro soci.

L'esecuzione forzata della partecipazione si articola sostanzialmente in due fasi: quella caratterizzata dalla notifica al debitore ed alla società, cui si riferisce la quota esecutata, e quella della conseguente iscrizione del pignoramento nel

registro delle imprese. La notifica assolve allo scopo di informare la società di un evento che inevitabilmente incide sulla compagine sociale, ma non è prevista per il perfezionamento del pignoramento, assumendo la società la posizione di terzo interessato al procedimento, quale soggetto nella cui sfera giuridica il provvedimento è destinato a produrre effetti; essa, quindi, non svolge la funzione di consentire alla società di rendere la dichiarazione di quantità in udienza, tipica dell'espropriazione presso terzi, bensì ha lo scopo di mettere la società a conoscenza di un evento in grado di produrre effetti indiretti anche nei confronti dell'ente e di rendere operante anche nei suoi confronti il vincolo che costituisce l'effetto tipico del pignoramento, che discende dall'ingiunzione dell'ufficiale giudiziario di non sottrarre i beni pignorati alla garanzia del credito. Il pignoramento disciplinato dall'art. 2471 cod. civ. non necessita, dunque, di alcuna forma di collaborazione da parte della società, dal momento che i dati e le circostanze sui quali questa dovrebbe riferire (qualità di socio del debitore pignorato, valore nominale della quota, esistenza di vincoli sulla stessa) possono essere ricavati esaminando il registro delle imprese; la società è, quindi, coinvolta non in qualità di terzo presso cui l'espropriazione si svolge, bensì nella posizione sui generis di terzo interessato, in quanto destinataria degli effetti "riflessi" del pignoramento.

Considerato, poi, che il registro delle imprese è uno strumento di pubblicità, l'iscrizione costituisce la formalità necessaria al perfezionamento del vincolo, finalizzata a garantire l'opponibilità ai terzi degli atti di trasferimento compiuti successivamente alla data di iscrizione del pignoramento.

In sostanza, con la disciplina dettata dal citato art. 2471 cod. civ., che consente di ritenere superata la necessità di eseguire il pignoramento di partecipazioni societarie nelle forme del pignoramento presso terzi, seguita in passato e ancora avallata da parte della dottrina, è stato introdotto un procedimento funzionale proprio alla specificità del bene oggetto della procedura.

8. Nel caso de quo si discute di pignoramento di partecipazioni societarie in una Srl intestate a società fiduciaria, ma ciò non osta all'applicabilità del procedimento di cui all'art. 2471 cod. civ.

8.1. Queste le ragioni che fanno propendere per tale soluzione.

8.1.1. In linea generale, il mandato fiduciario, privo di una autonoma disciplina, è stato definito come l'accordo tra due soggetti, con cui il primo trasferisce, o costituisce, in capo al secondo una situazione giuridica soggettiva, per il conseguimento di uno scopo pratico ulteriore, in cui il fiduciario assume l'obbligo di compiere uno o più atti giuridici in nome proprio, ma per conto e nell'interesse di un'altra persona, per la realizzazione di tale risultato, come tale assimilabile al mandato senza rappresentanza ex art. 1705 cod. civ.

Pur trattandosi di istituto atipico, in forza dell'autonomia negoziale riconosciuta alle parti, nel nostro ordinamento ne è riconosciuta l'ammissibilità in base all'art. 1322 cod. civ., perché diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela. 8.1.2. La regolamentazione delle società fiduciarie è intervenuta con la legge n. 1966 del 23 novembre 1939, per poi arrivare, con successivi passaggi normativi, al regolamento attuativo di cui al d.m. del 16 gennaio 1995, titolato "Elementi informativi del procedimento di autorizzazione all'esercizio dell'attività fiduciaria e di revisione e disposizioni di vigilanza", che ha espressamente previsto che l'incarico di amministrazione fiduciaria abbia la forma del contratto di mandato e sia regolato dalle corrispondenti norme del codice civile.

In dottrina e in giurisprudenza si è evidenziata la distinzione tra la cd. fiducia romanistica, in cui vi è l'effettiva attribuzione al fiduciario della titolarità del diritto, e la cd. fiducia germanistica (così chiamata in ragione di un appiglio normativo nel par. 185 BGB), in cui si verifica una separazione tra titolarità formale del diritto e legittimazione al suo esercizio, con il mantenimento della titolarità della partecipazione in capo al fiduciante ed il conferimento al fiduciario della sola legittimazione ad esercitare i diritti connessi alla partecipazione stessa.

Le diverse ricostruzioni devono ormai ritenersi superate per effetto dell'intervento delle Sezioni Unite di questa Corte, le quali, con la sentenza n. 13143 del 2022, occupandosi delle società fiduciarie ex lege n. 1939 del 1966, hanno avuto modo di chiarire che esse "sono dalla legge regolate secondo lo schema invalso sotto il nome di 'fiducia germanistica'". Hanno, al riguardo, puntualizzato: "Allorché sia svolta in forma di impresa, l'attività sottostante presuppone, in base alla legge citata, che la società assuma l'amministrazione di beni per conto di terzi e la rappresentanza dei portatori di azioni o di obbligazioni (art. 1), sì da rimanere destinataria della sola legittimazione all'esercizio dei diritti relativi ai beni o ai capitali conferiti, senza trasferimento effettivo di proprietà. Le società fiduciarie sono soggette a vigilanza del Mise (art. 2) in quanto strumento di costituzione di un patrimonio amministrato in forma anonima, senza trasferimento di proprietà. Ciò comporta che le attività tipiche prese in considerazione dalla l. n. 1966 del 1939 sono, in pratica, tutte sussumibili nel concetto di amministrazione di elementi patrimoniali altrui, mediante contratti che legittimano le società a operare in nome proprio sui capitai affidati secondo lo schema del mandato senza rappresentanza. Questa Corte ha da tempo riconosciuto la rilevanza di simile fenomeno, sempre sostanzialmente ripetendo che nella società fiduciaria i fiducianti vanno identificati come gli effettivi proprietari dei beni da loro affidati alla fiduciaria e a questa strumentalmente intestati (v. Cass. Sez. 1 n. 7364 - 18). Cosa che, per esempio, ha condotto a precisare che il mandato dei fiducianti a investire danaro, anche quando rimetta alla discrezione professionale della società fiduciaria l'opzione tra le diverse ipotesi di investimento considerate nel mandato, volge a costituire patrimoni separati da quello della società stessa e intangibili dai creditori di quest'ultima; tanto che l'eventuale mala gestio dei beni dei fiducianti, da parte degli amministratori e dei sindaci della società, non comporta una lesione all'integrità del patrimonio sociale, di modo che, ancora per esempio, i commissari liquidatori sono

# Giurisprudenza

normalmente ritenuti privi di legittimazione ad agire per far valere la responsabilità degli amministratori e dei sindaci, visto che questa si compone nei confronti non della generalità dei creditori (per avere compromesso la funzione di generica garanzia del patrimonio sociale, ledendone l'integrità), bensì dei fiducianti medesimi; ai quali in vero (come ai terzi danneggiati) spetta la legittimazione in ordine all'azione individuale di cui all'art. 2395 cod. civ. (v. Cass. Sez. 1 n. 4943-99, e v. pure per le diverse situazioni possibili Cass. Sez. 1 n. 22099-13, Cass. Sez. 1 n. 23560 - 08, Cass. n. 29410-20). La conseguenza fondamentale è duplice: da un lato lo strumento giuridico utilizzato per l'adempimento è, quanto alle società di cui alla citata l. n. 1966 del 1939, quello del mandato fiduciario senza rappresentanza finalizzato alla mera amministrazione dei beni conferiti, salva rimanendo la proprietà effettiva di questi in capo ai mandanti; dall'altro e conseguentemente la società fiduciaria che abbia gestito malamente il capitale conferito, e che non sia quindi in grado di riversarlo ai mandanti perché divenuta insolvente, risponde essa stessa del danno correlato all'inadempimento del mandato e alla violazione del patto fiduciario". 8.1.3. Alla stregua dei superiori principi espressi dalle Sezioni Unite, è del tutto evidente che l'intestazione fiduciaria di partecipazioni societarie non ha effetto traslativo, perché la partecipazione non entra mai a far parte del patrimonio della fiduciaria, ma rimane ontologicamente di un altro (ossia del fiduciante), e genera, in ordine al bene amministrato, un fenomeno di dissociazione tra la situazione di "proprietà sostanziale", che resta in capo al fiduciante, e l'intestazione o "proprietà formale", che ricade in capo al fiduciario, per cui non si verifica un trasferimento della proprietà sostanziale del bene, ma, per effetto del mandato senza rappresentanza che si instaura fra la società fiduciaria ed il fiduciante, la prima acquista la legittimazione all'esercizio dei diritti sociali (Cass., sez. U, n. 13143/2022, cit.).

8.1.4. Neppure la fiduciaria è legata al fiduciante da un rapporto di debito, non essendo *debitor debitoris* del titolare della partecipazione sociale.

La fiduciaria svolge, piuttosto, una funzione di schermo, tanto che l'identità del fiduciante non compare nel Registro delle imprese, ed il *pactum fiduciae*, riconducibile al mandato senza rappresentanza, regola esclusivamente i rapporti interni, ma non assume rilievo nei confronti dei terzi, né ai fini degli adempimenti al Registro delle imprese, proprio in ragione della natura dell'attività esercitata dalla fiduciaria, che opera per statuto ai sensi della legge n. 1966 del 1939.

8.1.5. Il formale affidamento delle partecipazioni sociali, realizzato mediante l'intestazione alla fiduciaria, che è l'effetto dello specifico programma negoziale, non viene, dunque, a collocarsi sul piano "possessorio", dovendosi considerare che l'intestataria formale acquisisce la mera legittimazione all'esercizio dei diritti connessi alla qualità di socio verso la società partecipata, di cui è e rimane unico titolare il fiduciante e nel cui esclusivo interesse i diritti stessi vengono esercitati, ma non ha il potere di disporre autonomamente delle partecipazioni societarie, essendo

tenuta ad attenersi, di volta in volta, alle istruzioni impartite dal fiduciante, nel rispetto delle obbligazioni discendenti dal pactum fiduciae.

9. Sulla base di tali premesse, deve reputarsi che, nel caso di partecipazioni in società a responsabilità limitata intestate a società fiduciarie, il pignoramento debba eseguirsi non già ai sensi dell'art. 543 cod. proc. civ., ma a mezzo delle specifiche modalità previste dall'art. 2471 cod. civ., come già affermato da Cass. n. 13903 del 2014, che si è in tal senso pronunciata occupandosi della esecuzione del sequestro conservativo delle quote di una Srl (intestate dal debitore ad una società fiduciaria), disposto a norma dell'art. 678 cod. proc. civ.; e tanto con notifica del pignoramento alla società fiduciaria (formalmente assoggettata, per la titolarità formale, al pignoramento) ed alla società le cui quote sono oggetto dell'espropriazione.

Il pignoramento diretto previsto dall'art. 2471 cod. civ. ha, infatti, la funzione di produrre il vincolo di indisponibilità del bene che sostanzia il pignoramento sia riguardo al fiduciante, con gli effetti di cui all'art. 2913 cod. civ., in conseguenza della iscrizione nel Registro delle imprese, sia alla società fiduciaria, non quale terzo, ma ai sensi dell'art. 513 cod. proc. civ.

Al riguardo, è utile sottolineare che il codice di rito, quando disciplina il pignoramento "presso il debitore" non intende che esso riguardi soltanto le cose che siano fisicamente nella casa o in altri luoghi appartenenti al debitore stesso (art. 513, primo comma, cod. proc. civ.). ma lo estende, espressamente, anche ai beni che si trovino altrove, ma di cui il debitore possa liberamente disporre (art. 513, terzo comma, cod. proc. civ.), nonché ai beni che siano in possesso di terzi, purché questi ne consentano l'esibizione (art. 513, ultimo comma, cod. proc. civ.). Se ne desume che il pignoramento sia da qualificare come presso il debitore tutte le volte in cui non sia necessario accertare l'esistenza o meno di diritti espropriabili del debitore verso il terzo (accertamento che poi segue mediante la dichiarazione formale del terzo ex art. 547 cod. proc. civ. o attraverso la verifica giudiziale ex art. 548 cod. proc. civ. dei diritti del debitore verso il terzo).

Ebbene, nel caso di beni immateriali, quali le partecipazioni di Srl, è del tutto evidente che la disponibilità per il debitore, rispetto all'esercizio del diritto di proprietà, non viene neppure intermediata in alcun modo dal terzo, sicché non vi è necessità alcuna della dichiarazione di quest'ultimo.

9.1. All'adozione della forma di pignoramento di cui all'art. 2471 cod. civ. si potrebbe obiettare che essa sarebbe preclusa dal fatto che, nel caso di intestazione fiduciaria, nel registro delle imprese emergono unicamente i dati dell'intestatario formale, ma non si fa menzione dell'esistenza del rapporto fiduciario, né tanto meno dell'identità del fiduciante, cosicché non sarebbe assicurato, nel rispetto delle regole che informano sia l'espropriazione mobiliare che quella immobiliare, il presupposto imprescindibile dell'indice di appartenenza dei beni stessi al debitore; il Giudice dell'esecuzione, dalla lettura della visura camerale, potrebbe desumere soltanto che la partecipazione è nella titolarità di un soggetto diverso

# Giurisprudenza

dall'effettivo proprietario, ossia del fiduciario, e dovrebbe fare affidamento su quanto dichiarato dal creditore pignorante, che asserisce che il bene pignorato appartiene in realtà all'esecutato/fiduciante.

Le ragioni sottese alla tesi contraria al pignoramento presso il debitore non sono idonee a confutare quanto già sopra esposto.

Il Giudice dell'esecuzione, ai fini della vendita del bene pignorato in sede esecutiva, non può che avere riguardo alla sola intestazione formale della partecipazione in capo alla fiduciaria, e non certamente al soggetto fiduciante, che non risulta dal Registro delle imprese.

Occorre a tale proposito considerare che l'obbligo, che la società fiduciaria assume con la sottoscrizione del mandato, a mantenere riservata l'identità del fiduciante nei confronti dei terzi non può essere neutralizzato dal g.e. mediante l'esercizio di poteri di indagine che non gli competono, né tanto meno richiedendo alla fiduciaria informazioni indispensabili per la individuazione del fiduciante, atteso che il legislatore dimostra un certo favore nei confronti dell'obbligo di riservatezza che connota tale attività, fatte salve specifiche deroghe in base alle quali la società fiduciaria è obbligata a rivelare l'identità del proprio fiduciante (è possibile superare l'anonimato del fiduciante solo con riguardo a vicende che attengono a crediti fiscali o a vicende aventi rilevanza penale).

Deve, tuttavia, ritenersi che, in difetto di altri elementi, l'allegazione del creditore pignorante secondo cui il fiduciante si identifica con il debitore esecutato sia sufficiente a far desumere l'appartenenza delle partecipazioni in capo al debitore esecutato, se non contrastata dal diverso effettivo titolare della quota.

Tenuto conto che la fiduciaria ha l'obbligo, derivante dal rapporto interno, laddove il titolare effettivo della quota sia diverso da quello supposto dal creditore pignorante, di informare tempestivamente il reale proprietario in adempimento del mandato, rispondendo altrimenti dell'infedeltà al pactum fiduciae, il terzo fiduciante può, in tal caso, avvalersi dei rimedi a sua disposizione, quali l'opposizione ex art. 619 cod. proc. civ., assolvendo all'onere di dimostrare di essere il reale titolare della quota e così impedire la vendita del bene sottoposto ad esecuzione. Del resto, l'elaborazione giurisprudenziale sull'opposizione prevista da tale ultima norma abilita anche i titolari di particolari diritti alla cosa oggetto del pignoramento, diversi da quelli reali.

In mancanza di contestazione della supposta titolarità delle quote oggetto di pignoramento in capo al debitore esecutato, il g.e. può procedere alla vendita del bene sulla base della visura camerale attestante l'intestazione formale delle quote alla fiduciaria, ferma restando l'eventuale responsabilità della mandataria, in caso di sua colpevole inerzia, nei confronti del diverso effettivo titolare.

Qualora, invece, il titolare effettivo della quota coincida con quello indicato dal creditore pignorante, egli non può proporre, per il solo fatto della intestazione formale alla fiduciaria, né opposizione all'esecuzione ex art. 615 cod. proc. civ., non avendo interesse a far valere la titolarità formale delle quote in capo ad altri, né tanto meno

l'opposizione *ex* art. 619 cod. proc. civ., perché non riveste la qualità di terzo.

In altri termini, un'eventuale contestazione circa la titolarità effettiva o mediata delle partecipazioni intestate alla fiduciaria deve essere risolta in seno alla fase cautelare delle opposizioni esecutive eventualmente proposte ed è sufficiente, nell'ottica della verifica degli indizi di appartenenza, la sola documentazione sulla intestazione formale alla fiduciaria accompagnata dall'allegazione del pignorante dell'intestazione fiduciaria al debitore e dall'assenza di opposizione da parte del terzo fiduciante diverso dal debitore esecutato.

Tanto porta a ritenere che il pignoramento diretto rafforzi la tutela del creditore pignorante e che l'argomento dell'assenza di pubblicità, nel registro delle imprese, del mandato sottostante la formale intestazione della partecipazione alla fiduciaria, non possa assurgere ad elemento dirimente nella scelta della forma di pignoramento da adottare.

9.2. D'altro canto, non ci si può esimere dal rilevare che l'espropriazione presso terzi (in disparte la considerazione che, come ogni altra quota di partecipazione societaria, neppure quella detenuta da una fiduciaria potrebbe, neppure per tale ragione, qualificarsi un credito o altra cosa suscettibile di questa tipologia di procedura) non offrirebbe maggiori garanzie per il creditore procedente. È ben vero che quest'ultimo, nel caso di espropriazione forzata presso terzi, ove il debitor debitoris non renda dichiarazione. può avvalersi degli effetti della ficta confessio di cui all'art. 548 cod. proc. civ., in seguito alle modifiche apportate dal d.l. n. 132 del 12 settembre 2014, convertito, con modificazioni, in l. 10 novembre 2014, n. 162 e dal d.l. n. 83 del 27 giugno 2015, convertito, con modificazioni, in l. 6 agosto 2015, n. 132; tuttavia, nel caso di pignoramento diretto, il giudice dell'esecuzione, in difetto di opposizione, può procedere alla vendita o all'assegnazione del bene senza necessità che la fiduciaria renda alcuna dichiarazione; potrà semmai avere rilievo, come già detto, la sola eventuale opposizione all'esecuzione proposta dal fiduciante - diverso dal debitore esecutato - che intenda far valere la sua titolarità effettiva sulla quota sottoposta a vincolo.

Né è ipotizzabile che la fiduciaria, al fine di sospendere la procedura esecutiva ed impedire la vendita di quanto pignorato, possa proporre opposizione *ex* art. 615 cod. proc. civ. o *ex* art. 619 cod. proc. civ., considerato che, in entrambi i casi, essendo i beni ed i diritti da essa amministrati nell'interesse del fiduciante separati rispetto al suo patrimonio (Cass., sez. 1, 28/05/1997, n. 10031), non potrebbe limitarsi ad affermare di essere proprietaria delle quote ad essa solo formalmente intestate.

9.3. Le considerazioni svolte conducono, quindi, a ritenere che per il pignoramento di quote di una Srl, anche se intestate a società fiduciaria, debba essere seguita la procedura prevista dall'art. 2471 cod. civ. che, a differenza di quella prevista dall'art. 543 cod. proc. civ., si caratterizza per due vantaggi molto rilevanti: quello della semplificazione della procedura, alleggerita dalla necessità della collaborazione dell'organo amministrativo della società,

# Processo, arbitrato e megiazione - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l. Giurisprudenza

e quello della certezza del criterio di risoluzione di eventuali conflitti tra creditore pignorante e acquirenti della quota, ravvisabile nella priorità temporale dell'iscrizione ex art. 2914, n. 1 cod. civ.

Al contrario, del tutto inadeguato, per ragioni teoriche e pratiche, si rivela, invece, il modello del pignoramento presso terzi ai fini dell'espropriazione delle quote di Srl intestate formalmente a società fiduciaria, poiché, come già rilevato, quest'ultima non è né possessore della quota, né debitor debitoris e, quindi, non può usare, né tanto meno disporre della quota medesima, dato che il potere di disposizione della quota è prerogativa esclusiva del socio debitore, il quale può validamente esercitarlo prescindendo dalla cooperazione degli organi sociali. Ciò che in definitiva esclude nel pignoramento di quote di una Srl, seppure fiduciariamente intestata, la centralità della dichiarazione del terzo o del giudizio di accertamento conseguente alla mancata dichiarazione o alla dichiarazione negativa.

Si può, quindi, affermare il seguente principio di diritto: "Il pignoramento della quota di società a responsabilità limitata - la quale esprime una posizione contrattuale obiettivata, che va considerata come un bene immateriale da equipararsi al bene mobile non iscritto in un pubblico registro -, laddove intestata a società fiduciaria operante ai sensi della l. n. 1966 del 1939, si esegue non già nelle forme del pignoramento presso terzi, ma ai sensi dell'art. 2471, primo comma, cod. civ., nel testo modificato dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, mediante notificazione sia alla società cui si riferisce la quota sottoposta ad esecuzione sia alla società che ne è intestataria formale, nonché a mezzo della successiva iscrizione nel registro delle imprese, generando l'intestazione formale un fenomeno di dissociazione tra la situazione di 'proprietà sostanziale', che resta in capo al fiduciante, e la 'proprietà formale', che ricade in capo alla fiduciaria, per effetto del quale la fiduciaria acquista la sola legittimazione all'esercizio dei diritti sociali".

10. Nella fattispecie che ci occupa la creditrice A.A. non si è avvalsa, ai fini del pignoramento, della specifica procedura prevista dall'art. 2471 cod. civ., ma ha piuttosto ritenuto di utilizzare l'espropriazione presso terzi, come pacificamente emerge dal ricorso e dalla sentenza qui impugnata, cosicché, in difetto degli adempimenti previsti dalla disposizione normativa richiamata (notifica alla società partecipata ed iscrizione del pignoramento nel registro delle imprese), il pignoramento, contrariamente a quanto ritenuto dal Tribunale di Lecco, non può ritenersi validamente eseguito.

Peraltro, come chiaramente emerge dal ricorso principale. la A.A., avendo notificato il pignoramento presso terzi alla società fiduciaria Siref Fiduciaria Spa, aveva evidentemente in via preventiva riscontrato che la fiduciaria deteneva le quote di proprietà di B.B., cosicché deve ritenersi che la stessa fosse in possesso delle informazioni necessarie per promuovere il pignoramento ricorrendo alle formalità di cui all'art. 2471 cod. civ.

La fondatezza del primo profilo di doglianza del ricorso incidentale proposto da B.B. impone il rigetto del secondo motivo del ricorso principale e l'assorbimento delle altre questioni agitate con il secondo profilo dell'unico motivo dello stesso ricorso, con i restanti motivi del ricorso principale e con il ricorso incidentale, siccome condizionato al principale, proposto dalla società fiduciaria.

11. In definitiva, in accoglimento del primo profilo di doglianza dell'unico motivo del ricorso incidentale proposto da B.B., assorbito il secondo, la sentenza impugnata deve essere, pertanto, cassata, con conseguente rigetto del secondo motivo del ricorso principale ed assorbimento dei restanti motivi del ricorso principale e del ricorso incidentale condizionato proposto da Siref Fiduciaria Spa; non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito, ai sensi dell'art. 384 cod. proc. civ., con il rigetto della originaria opposizione ex art. 617 cod. proc. civ. promossa da A.A., essendo corretta in diritto la conclusione del provvedimento del g.e. che era stata oggetto di quell'opposizione, in quanto il pignoramento era stato effettuato con modalità non rispondenti a quelle previste dall'art. 2471 cod. civ.

La novità della questione affrontata giustifica l'integrale compensazione tra tutte le parti delle spese del giudizio di merito e di quelle del giudizio di legittimità. (omissis).

# Il pignoramento (diretto e non "presso terzi") di quota di S.r.l. intestata a società fiduciaria secondo la Cassazione: dubbi e prospettive

di Vincenzo De Carolis (\*)

La pronuncia della Cassazione Civile n. 24859/2024 ha escluso che il pignoramento di una quota societaria intestata a una società fiduciaria si attui nelle forme del pignoramento presso terzi, statuendo che le forme più appropriate per imporre il vincolo esecutivo sulla quota siano invece quelle di cui all'art. 2471 c.c. L'Autore sottopone a esame critico le argomentazioni della Corte, cercando di far emergere le incongruenze della esclusione del pignoramento presso terzi, a partire da una valorizzazione del rapporto fiduciario e del suo peculiare atteggiarsi quando esso ha ad oggetto partecipazioni societarie. Per poi proporre una interpretazione della soluzione offerta dalla Corte che risponda alle esigenze di tutela del creditore procedente che intenda sottoporre a esecuzione la partecipazione sociale del fiduciante.

The recent judgement of the Italian Supreme Court commented on herein excluded that the attachment of a company share registered in the name of a trust company can be enforced in the form of third party attachment, stating that the most appropriate forms for imposing an enforceable lien on the share are instead those of direct attachment pursuant to Article 2471 of the Italian Civil Code. The Author subjects the Court's arguments to critical examination, seeking to bring out the inconsistencies of the exclusion of third-party attachment, starting from an appreciation of the fiduciary relationship and its peculiar attitude when it concerns company shareholdings. It than proposes an interpretation of the solution offered by the Court that meets the requirements of protection of the creditor who intends to subject the trustor's shareholding to execution.

# La complessa vicenda processuale e il suo approdo in Cassazione

Il tutto origina da un pignoramento di partecipazioni societarie "affidate" fiduciariamente dal debitore esecutato (insieme ad altri beni, quali crediti) a più società fiduciarie. Il pignoramento in questione veniva attuato dal creditore procedente nelle forme di cui agli artt. 543 ss. c.p.c., ossia nelle forme della espropriazione presso terzi, investendo quali terzi pignorati le dette società fiduciarie.

Una di queste società fiduciarie (che chiameremo Alfa S.p.a.) rendeva dichiarazione positiva, in particolare rivelando di "detenere", nell'interesse del debitore esecutato, una partecipazione societaria nella Beta S.r.l.

Il giudice dell'esecuzione, in virtù della situazione sostanziale caratterizzante la partecipazione sociale in questione - ossia la sua consistenza di quota di S.r.l. "intestata" fiduciariamente alla Alfa S.p.a. - dichiarava d'ufficio la nullità del pignoramento perché attuato nella forma del pignoramento presso terzi e non, come avrebbe dovuto essere, in quella "documentale diretta" di cui all'art. 2471 c.c. norma che,

come noto, delinea un procedimento di attuazione del pignoramento della quota di S.r.l. del tutto peculiare e *sui generis* rispetto alle forme di espropriazione degli altri beni contemplate dal Libro III del codice di rito.

La creditrice si opponeva ex art. 617 c.p.c. alla declaratoria di nullità e alla contestuale chiusura anticipata del processo esecutivo disposta ex art. 164-bis disp. att. c.p.c., chiedendo la sospensione della ordinanza che aveva dichiarato la nullità del pignoramento. Tuttavia, nelle more, la fiduciaria procedeva alla "re-intestazione" delle quote in capo al debitore e l'assemblea straordinaria della Beta S.r.l. deliberava l'azzeramento per perdite emerse e la contestuale ricostituzione del capitale sociale, alla quale il debitore non partecipava, così di fatto azzerando la sua partecipazione alla società. Il Giudice dell'opposizione, rilevata siffatta circostanza, dichiarava cessata la materia del contendere perché l'eventuale accoglimento della opposizione non avrebbe potuto determinare la prosecuzione del processo esecutivo, il cui oggetto era venuto meno.

A seguito di un primo ricorso per cassazione proposto dalla creditrice, la Suprema Corte cassava con rinvio

<sup>(\*)</sup> Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

# Processo, arbitrato e megiazione Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l. Giurisprudenza

la sentenza del giudice del merito per omessa integrazione del contraddittorio nei confronti della società fiduciaria Alfa S.p.a.

Il Tribunale, in sede di rinvio, dichiarava nuovamente cessata la materia del contendere, in virtù della ritenuta opponibilità degli atti dispositivi alla creditrice procedente (i.e.: re-intestazione della quota al debitore e sua rinuncia in sede assembleare alla sottoscrizione del capitale ricostituito dopo il suo azzeramento); condannava altresì il debitore alla refusione delle spese sostenute dalla creditrice, sulla scorta della considerazione per cui il pignoramento inizialmente attuato nelle forme dell'art. 543 c.p.c. doveva ritenersi legittimo (in ciò discostandosi dalla opposta valutazione operata dal g.e.) poiché la partecipazione era intestata fiduciariamente e quindi ben aveva fatto la creditrice a vincolarla nelle forme della espropriazione presso terzi.

A questo punto si torna nuovamente in Cassazione, su ricorso della creditrice, che censura la sentenza per diversi motivi, tutti sostanzialmente volti a far emergere, da un lato, la errata valutazione del Tribunale nell'aver ritenuto opponibili nei suoi confronti gli atti che avevano portato alla perdita del bene pignorato, giacché la società fiduciaria Alfa S.p.a. doveva considerarsi custode, ex art. 546 c.p.c., della quota pignorata; e, dall'altro, la altrettanto errata valutazione secondo cui la ordinanza con cui il g.e. aveva dichiarato la nullità del pignoramento e la estinzione del processo esecutivo avrebbe determinato la sua immediata caducazione nonostante la pendenza dei termini per promuovere la opposizione agli atti

Tutte queste argomentazioni, tuttavia, restano sullo sfondo perché la Cassazione esamina in via preliminare, accogliendolo, l'unico motivo cui è affidato il ricorso incidentale del debitore esecutato. Egli censura la decisione del giudice del merito laddove ha ritenuto validamente eseguito il pignoramento nelle forme di cui agli artt. 543 ss. c.p.c., conseguentemente condannandolo alla rifusione delle spese sostenute dalla creditrice: il pignoramento così eseguito doveva ritenersi invalido ab origine, giacché non attuato nelle diverse forme del pignoramento documentale diretto ai sensi dell'art. 2471 c.c.

La Cassazione accoglie questa prospettazione, statuisce nel merito ai sensi dell'art. 384 c.p.c., rigettando così la originaria opposizione agli atti esecutivi. Ed enuncia un principio di diritto a chiara valenza nomofilattica, poiché aspira a dettare "una volta per tutte" le modalità esecutive del pignoramento di quote intestate a società fiduciarie.

Su tale aspetto ci soffermeremo principalmente nel prosieguo di queste notazioni, non potendo invece approfondire gli altri pur interessanti aspetti che avrebbe suscitato la vicenda ma che non sono stati trattati dalla decisione perché esulanti dalla materia del contendere (1).

#### Premesse "sostanziali" della soluzione della Corte: pignoramento di guota fiduciariamente intestata e sua attuazione nelle forme del pignoramento diretto e non del presso terzi

La Corte, nella sua ricostruzione, muove da due premesse. La prima consiste nella presa d'atto del progressivo percorso di "oggettivazione" che ha caratterizzato la concezione della quota di S.r.l. nella dottrina e nella giurisprudenza e che ha portato a qualificarla dapprima come espressione di una "posizione contrattuale obiettivata" (2), quindi come bene "immateriale" dotato di autonomo valore di scambio "equiparabile a un bene mobile non iscritto in pubblico registro" (3). Questa concezione della quota di S.r.l. sarebbe secondo la Corte coerente con

<sup>(1)</sup> Sullo sfondo resta, in particolare, il tema più generale della immediata efficacia della ordinanza con la quale il giudice dell'esecuzione ha caducato il pignoramento perché attuato in una forma non idonea allo scopo, e il compimento di atti di disposizione nelle more compiuti dal terzo pignorato (nella specie: l'atto con il quale la società fiduciaria ha proceduto alla re-intestazione della partecipazione pignorata in capo al debitore esecutato e l'atto con cui egli ha sostanzialmente disposto del valore della quota non sottoscrivendo la ricostituzione del capitale sociale in seguito al suo azzeramento per perdite). Secondo la prospettazione del Tribunale, simili atti sarebbero opponibili alla creditrice procedente in virtù appunto della immediata efficacia della ordinanza caducatoria del pignoramento. Ci soffermeremo in chiusura, tuttavia, sul connesso profilo (solo "sfiorato" dalla sentenza) della (in) validità di un pignoramento attuato in una forma ritenuta non idonea a vincolare il bene oggetto dell'espropriazione.

<sup>(2)</sup> Secondo la fortunata formula di G. Cottino, Diritto commerciale. Le società<sup>4</sup>, I, Padova, 1999, 597-598 (e v. già, in nuce, Id.,

Recensione a Gerardo Santini, Società a responsabilità limitata, in Riv. dir. civ., 1966, I, 231 ss.).

<sup>(3)</sup> Espressioni, queste, fatte proprie dalla giurisprudenza di legittimità a partire da Cass. Civ. 12 dicembre 1986, n. 7409, in Foro it., 1987, 1101 ss., con nota di F. Donati, e in seguito utilizzate ininterrottamente: si vedano Cass. Civ. 23 gennaio 1997, n. 697, in questa Rivista, 1997, 6, 647 ss., con nota di L. Picone; Cass. Civ. 4 giugno 1997, n. 5494, in Giur. it., 2000, 101 ss.; Cass. Civ. 26 maggio 2000, n. 6957, in Giur. it., 2000, 2309 ss., Cass. Civ. 21 ottobre 2009, n. 22361, in Giur. comm., 2010, 1112 ss., con nota di S. Parmiggiani, Natura e pignoramento della quota di s.r.l. Parzialmente difforme, tuttavia, Cass. Civ. 18 agosto 2017, n. 20170, in Giur. comm., II, 209 ss., con nota di F. Murino, II conflitto tra il creditore pignorante e il terzo acquirente di quota di s.r.l., nonché in Riv. es. forz., 2018, 771 ss., con nota di V. De Carolis, Discontinuità giurisprudenziali sul pignoramento di quota di s.r.l., ove la qualificazione della quota in termini di bene mobile "iscritto" in un pubblico registro (i.e.: il registro delle imprese) ha condotto la

la peculiare forma di pignoramento che il legislatore della riforma del diritto societario del 2003 (D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) ha codificato, ossia un pignoramento "documentale diretto", che si attua mediante la notifica di un atto (contenente la ingiunzione dell'ufficiale giudiziario ex art. 492 c.p.c.) al sociodebitore e alla società partecipata e la sua successiva iscrizione nel registro delle imprese (4).

La seconda premessa pure consiste in una presa d'atto, in particolare dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui, in caso di intestazione di quote (e, più in generale, di partecipazioni sociali) a società fiduciarie esercenti simile attività ai sensi della legge che espressamente le disciplina (L. 23 novembre 1939, n. 1966) ci si troverebbe al cospetto di una fiducia di tipo "germanistico". Con tale espressione si designa quel peculiare rapporto fiduciario nel cui contesto il fiduciante "affida" alla società fiduciaria una situazione giuridica (o più situazioni giuridiche), realizzando una dissociazione tra titolarità della detta

situazione giuridica (che rimane in capo al fiduciante) e legittimazione all'esercizio dei diritti connessi alla stessa (che viene "trasferita" in capo alla fiduciaria) (5).

La combinazione di queste due premesse conduce i giudici di legittimità ad escludere che il creditore del fiduciante che voglia aggredire con l'azione esecutiva la partecipazione sociale che questi abbia affidato a una società fiduciaria debba ricorrere alle forme della espropriazione presso terzi, dovendo invece ricorrere alle forme del pignoramento diretto ex art. 2471 c.c. In tal modo discostandosi, peraltro, da una sporadica (ma solida) giurisprudenza di merito la quale invece aveva individuato proprio il pignoramento presso terzi quale modalità di assoggettamento alla espropriazione di beni (sia quote di S.r.l., sia partecipazioni azionarie (6)) intestati a società fiduciarie. Ed uniformandosi, invece, a un isolato precedente di legittimità che, occupandosi delle forme di attuazione di un sequestro conservativo su di una quota di S.r.l., si

Corte ad applicare alla soluzione del conflitto tra creditore pignorante e terzo acquirente della quota pignorata la medesima disciplina dettata per i beni immobili, di cui all'art. 2914, n. 1, c.c.

(4) Che la forma di pignoramento delineata dall'art. 2471 c.c. sia diversa rispetto a tutte le altre forme contemplate dal Libro III del codice di rito, al punto da meritare la qualificazione di forma sui generis o "peculiare" di espropriazione (ricondotta comunque, da alcuni, al più ampio genus della espropriazione mobiliare diretta), è opinione abbastanza consolidata in dottrina: cfr. B. Sassani, Lineamenti del processo civile italiano<sup>9</sup>, Milano, 2023, 981 ss.; A.M. Tedoldi, Esecuzione forzata<sup>2</sup>, Pisa, 2023, 179; A.M. Soldi, Manuale dell'esecuzione forzata<sup>8</sup>, Milano, 2022, 1998 ss.; F. Briolini, L'espropriazione della partecipazione sociale, in Dolmetta - Presti (a cura di), S.r.l. commentario dedicato a Portale, Milano, 2011, 389; M.P. Gasperini, Pignoramento e sequestro di partecipazioni sociali, Torino, 2008, 98 ss.; F. Corsini, Espropriazione della partecipazione, in Il nuovo processo societario. Commentario<sup>2</sup>, diretto da Chiarloni, Bologna, 2008, 1069 ss.

(5) In base al significato ormai classico che la fiducia "germanistica" è venuta ad assumere nel dibattito dottrinale e giurispru-"romanistico" denziale, in contrapposizione al modello prescindendo in questa sede dalla questione circa la correttezza etimologica (un appiglio normativo sarebbe quello presente nel par. 185 BGB, ove si disciplinerebbe un fenomeno di c.d. Legitimationsübertragung, ossia, letteralmente, "trasferimento della legittimazione") e storica del riferimento all'ordinamento tedesco, cui si riconduce concettualmente il fenomeno: v. i rilievi in tal senso critici di E. Ginevra, La partecipazione fiduciaria in s.p.a., Milano, 2012, 56 ss. È stato peraltro messo in luce come le varie costruzioni prospettate intorno alla figura della fiducia germanistica, possono dirsi "genericamente accomunate dall'idea di riconoscere, in contrapposizione al modello 'romanistico', rilievo reale al vincolo incombente sul fiduciario in ordine al bene a lui trasferito e dunque di permettere al fiduciante di fare valere detto vincolo nei confronti di eventuali terzi" (così, sempre E. Ginevra, op. cit., 9, richiamando l'analisi di P.G. Jaeger, La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento, Milano, 1968, 26 ss., cui pure è d'obbligo rinviare, soprattutto per l'approfondita analisi della dottrina tedesca). Senza alcuna pretesa di completezza e limitandoci alle opere più rilevanti in tema di negozio fiduciario e in particolare sulla distinzione tra fiducia romanistica (nella quale vi sarebbe il passaggio della titolarità anche sostanziale della situazione giuridica

"affidata" al fiduciante) e germanistica (nella quale invece l'attribuzione con il pactum fiduciae sarebbe solo della legittimazione all'esercizio dei diritti connessi alla posizione giuridica "affidata") cfr., con diversità di accenti, C. Grassetti, Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento, in Riv. dir. comm., 1936, I, 945 ss.; S. Pugliatti, Fiducia e rappresentanza indiretta, [1951], ora in Scritti giuridici, III, Milano, 2010, 317 ss.; N. Lipari, II negozio fiduciario, Milano, 1964, passim, spec. 444; U. Carnevali, Intestazione fiduciaria, in Diz. dir. priv., a cura di N. Irti, Dir. civ., 1, 1980, 455 ss.; A. Gentili, La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione), in E. Ginevra (a cura di), La fiducia e i rapporti fiduciari. Tra diritto privato e regole del mercato, Milano, 2012, 31 ss. Se poi si volge lo squardo alla letteratura che si è occupata delle peculiarità che il negozio fiduciario viene ad assumere guando ha ad oggetto partecipazioni societarie, sono imprescindibili le trattazioni di P.G. Jaeger, La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento, cit., passim; Id., Sull'intestazione fiduciaria di quote di società a responsabilità limitata, in Studi in onore di Cesare Grassetti, II, Milano, 1980, 1077 ss.; E. Ginevra, La partecipazione fiduciaria, cit., passim, C. Frigeni, La partecipazione fiduciaria nel diritto vivente, in Riv. dir. civ., 2013, 180 ss.; V. De Stasio, L'intestazione fiduciaria di quote di s.r.l., in Banca, borsa, tit. cred., 2012, 626 ss.; M. Maugeri, Intestazione fiduciaria e circolazione della partecipazione, in Oss. dir. civ. e comm., 2016, 63 ss.

(6) Cfr., segnatamente, in tema di pignoramento di quote di S.r. Trib. Torino 3 giugno 2016, in Banca, borsa, tit. cred., 2018, II, 503 ss., con nota di S. Matteo, Pignoramento di quote di s.r.l. cedute a una società fiduciaria; in tema di pignoramento di azioni di S.p.a. intestate a società fiduciaria, Trib. Reggio Emilia 11 aprile 2012, in Foro pad., 2013, 2, I, 198, ove il giudice del merito ha ritenuto che il pignoramento dovesse eseguirsi nelle forme della espropriazione presso terzi, "la quale è utilizzabile ogni volta che il terzo è titolare di una situazione soggettiva, avente ad oggetto la res, idonea a limitare la disponibilità di essa da parte del debitore (il pignoramento diretto è, invece, esperibile in assenza di ogni potere del terzo idoneo a condizionare quello del debitore)". V. anche, in tema di pignoramento di azioni emesse da una società anonima di diritto lussemburghese e affidate fiduciariamente a una società fiduciaria italiana, Trib. Roma 10 maggio 2016, in Dirittobancario.it, con nota di S. Rossi, ove si è affermata la pignorabilità delle partecipazioni mediante espropriazione presso terzi

# Processo, arbitrato e megiazione Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l. Giurisprudenza

era limitato a valutare come legittimamente eseguito il provvedimento cautelare mediante la iscrizione nel registro delle imprese e non mediante il pignoramento presso terzi (7).

#### Seque. Fiducia germanistica e asserita sua incompatibilità con il pignoramento presso terzi. Corollari processuali: in particolare, sul rimedio oppositivo ex art. 619 c.p.c. a disposizione del "vero" fiduciante

Entrando nel dettaglio delle argomentazioni spese dalla Cassazione, soffermiamoci in particolare sulla prima delle divisate due premesse, ché ci sembra quella davvero (8) idonea a fondare la conclusione cui si giunge in tema di individuazione della corretta forma del pignoramento. Accennavamo che la Corte qualifica come "germanistica" la fiducia caratterizzante il rapporto che intercorre tra il fiduciante e la società fiduciaria alla quale sono "intestate formalmente" le partecipazioni sociali, le quali tuttavia rimangono nella titolarità "sostanziale" del primo. Nonostante la riflessione dottrinale abbia già da tempo messo in luce le contraddizioni che porta con sé la tralatizia contrapposizione tra i due modelli di fiducia (romanistica e germanistica), gli è che la stessa continua ad essere utilizzata soprattutto dalla giurisprudenza, a fini volta a volta diversi a seconda delle pronunce e dei casi concreti che vengono in rilievo (9).

A tal proposito, si constata che è ricorrente nelle ricostruzioni della giurisprudenza (soprattutto di legittimità (10), ma poi anche di merito (11)) una simile spiegazione del rapporto fiduciario avente ad oggetto partecipazioni sociali, soprattutto laddove esso intercorra con una società che esercita professionalmente l'attività fiduciaria (12), rinveniente la propria regolamentazione in espresse disposizioni di legge e, segnatamente, nella L. 23 novembre 1939, n. 1966, nel R.D. 29 marzo 1942, n. 239 e, poi, nel D.M. 16 gennaio 1995 (la quale ultima fonte reca una disciplina attuativa del procedimento di autorizzazione all'esercizio dell'attività fiduciaria e di

(7) L'unico precedente di legittimità è, a quanto consta, Cass. Civ. 18 giugno 2014, n. 13903, in questa Rivista, 2015, 343 ss. In questa sentenza la Corte non va oltre un mero ripudio della tesi dei ricorrenti secondo cui il seguestro conservativo andava attuato nelle forme del presso terzi anziché in quelle del pignoramento diretto, limitandosi a richiamare le nuove (recte: successive alla riforma di cui al D.Lgs. n. 6/2003) forme di espropriazione della quota di S.r.l. in base all'art. 2471 c.c., senza tuttavia motivare specificamente sul perché queste forme siano parimenti idonee a vincolare la quota qualora la stessa sia intestata a una società fiduciaria. Nella sentenza qui annotata, invece, lo sforzo argomentativo si incentra proprio sull'adattamento della fattispecie di cui all'art. 2471 c.c. alla peculiare ipotesi di intestazione fiduciaria della quota di S.r.l.

(8) La natura della partecipazione sociale (e così anche della quota di S.r.l.) e la necessità di una sua previa qualificazione al fine di risolvere i problemi interpretativi legati alla disciplina della stessa è stata seriamente messa in dubbio da autorevole dottrina, che ha dimostrato le fallacie cui essa conduce: cfr. in particolare F. D'Alessandro, "Fattispecie" e "disciplina" del titolo azionario -(Premesse metodologiche ad uno studio sui titoli di partecipazione), in Riv. dir. civ., 1971, I, 505, nt. 6; V. De Stasio, Trasferimento della partecipazione nella s.r.l. e conflitto tra acquirenti, Milano, 2008, 89 ss.; P.G. Jaeger, Sull'intestazione, cit., 1078, il quale ultimo proprio al fine di risolvere i problemi legati alla intestazione fiduciaria di quote di S.r.l.

(9) Per una ricostruzione in chiave critica della adozione che si è fatto in Italia del concetto di fiducia germanistica, v. per tutti E. Ginevra, La partecipazione fiduciaria, cit., 56 ss., spec. 59, ove si evidenzia la "ambiguità e intrinseca problematicità" della nozione di fiducia germanistica fatta propria da letteratura e giurisprudenza italiane, come individuante una fattispecie "specificamente connotata dalla attribuzione al fiduciario della mera legittimazione", confinata alle specifiche ipotesi con riferimento alle quali la legge consenta una scissione tra titolarità e legittimazione", così spiegando al contempo perché il fenomeno in questione è stato inizialmente ravvisato proprio nel caso in cui "oggetto del programma fiduciario sia l'intestazione di partecipazioni azionarie, con riferimento alle quali detta scissione è consentita dai principi cartolari"

(10) A partire da Cass. Civ. 14 ottobre 1997, n. 10031, in Foro it., 1998, I, 851 ss., con nota di M. Crisostomo - F. Macario, ove la Suprema Corte ha ammesso la domanda di rivendica o di restituzione proposta dai fiducianti in sede di liquidazione coatta amministrativa di una società fiduciaria, avente ad oggetto i titoli azionari acquistati dalla fiduciaria per conto dei fiducianti; Cass. Civ. 23 settembre 1997, n. 9355, in Foro it., 1999, I, 1323 ss., ove la Corte, adottando lo schema della fiducia c.d. "germanistica" sulla scorta della scissione tra titolarità formale (ravvisata in capo alla società fiduciaria) delle partecipazioni fiduciariamente intestate e titolarità "effettiva" (riconosciuta in capo al fiduciante), ha ritenuto i titoli azionari acquistati dalla fiduciaria per conto del fiduciante come rientranti nel patrimonio di questi e non della fiduciaria (e quindi, nel caso di specie, automaticamente ricadenti nel regime di comunione legale tra i coniugi); Cass. Civ. 21 maggio 1999, n. 4943, ove si è espressamente affermato che "nella società fiduciaria, i fiducianti vanno identificati come gli effettivi proprietari dei beni loro affidati alla società ed a questa strumentalmente intestati; rimanendo i fiducianti proprietari effettivi dei beni affidati alla società, gli stessi sono dotati di una tutela di carattere reale azionabile in via diretta ed immediata nei confronti della fiduciaria"; da ultimo cfr. Cass. Civ., SS.UU., 27 aprile 2022, n. 13143, in Banca, borsa, tit. cred., 2023, II, 801 ss., con nota di C. Fiengo, ove la Corte ha ribadito la lettura in base alla quale nel caso di intestazione fiduciaria di partecipazioni sociali i fiducianti sono da considerare come proprietari effettivi della partecipazione, mentre la fiduciaria sarebbe esclusivamente legittimata, in virtù del rapporto fiduciario, ad esercitare i diritti connessi alla partecipazione affidata, in virtù di un rapporto contrattuale da ricondurre al mandato senza rappresentanza, ricavandone conseguenze applicative circa la qualificazione delle domande di insinuazione al passivo dei fiducianti in caso di insolvenza della società fiduciaria (i.e.: qualificazione delle stesse in termini di domande di risarcimento da inadempimento del mandato fiduciario).

(11) V. ad esempio App. Bologna 17 aprile 2002, in questa Rivista, 2002, 1253 ss., con nota di F. Di Maio.

(12) Sulla cui origine ed evoluzione nel quadro dell'ordinamento cfr. N. Nisio, L'attività di "amministrazione" delle società fiduciarie (evoluzioni e prospettive), in Banca, borsa, tit. cred., 2003, 42 ss

# Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l. **Processo**, arbitrato e mediazione Giurisprudenza

revisione, nonché della vigilanza sulla detta attività che è di competenza dell'attuale Mimit) (13).

Se è vero che la giurisprudenza di legittimità tende a ricondurre simile rapporto (i.e.: quello intercorrente tra un soggetto privato che affida a una società fiduciaria partecipazioni sociali e detta società) nello schema della fiducia germanistica, è altrettanto vero che l'operazione di sussunzione viene fatta per lo più apoditticamente, attraverso la applicazione di massime tralatizie, senza cioè una vera e seria indagine della concreta regolamentazione del rapporto intercorrente tra fiduciante e fiduciaria (14) (indagine che, occorre riconoscere, tendenzialmente sfugge al giudice di legittimità, ché condurrebbe ad attingere la ricostruzione del fatto attraverso l'attività interpretativa del contratto): la sensazione che ha manifestato la dottrina che si è occupata del tema è che la giurisprudenza faccia sovente (e in automatico, quando parte del rapporto sia una società fiduciaria regolata dalla L. n. 1966/1939) ricorso allo schema della fiducia germanistica al fine di "superare le rigidità connesse all'impostazione tradizionale del fenomeno fiduciario e [di] legittimare la scelta di attribuire rilievo, sul piano dell'applicazione delle regole societarie, anche alla posizione fiduciante" (15).

Ciononostante, anche nella pronuncia in commento la previa qualificazione della fiducia (oggi peraltro sempre più svalutata dalla dottrina, che non le attribuisce una reale portata risolutiva delle tante questioni che si pongono, soprattutto in ambito societario (16)) appare determinante, tanto che da essa viene dedotto il primo argomento per escludere la forma della espropriazione presso terzi come forma idonea a vincolare la quota intestata fiduciariamente. Si afferma infatti che "il formale affidamento delle partecipazioni sociali, realizzato mediante l'intestazione alla fiduciaria, che è l'effetto dello specifico programma negoziale, non viene, dunque, a collocarsi sul piano 'possessorio', dovendosi considerare che l'intestataria formale acquisisce la mera legittimazione all'esercizio dei diritti connessi alla qualità di socio verso la società partecipata, di cui è e rimane unico titolare il fiduciante e nel cui esclusivo interesse i diritti stessi vengono esercitati, ma non ha il potere di disporre autonomamente delle partecipazioni societarie, essendo tenuta ad attenersi, di volta in volta, alle istruzioni impartite dal fiduciante, nel rispetto delle obbligazioni discendenti dal pactum fiduciae" (17). Da questa premessa la Corte fa discendere la conclusione secondo cui il pignoramento diretto ex art. 2471 c.c. sarebbe idoneo a vincolare la quota presso il "vero" socio-proprietario, ossia il fiduciante, laddove il rapporto intercorrente con la fiduciaria non rileverebbe al fine di "deviare" le modalità di espropriazione dal modello legale di riferimento. L'unico coinvolgimento della fiduciaria (e su ciò sarà opportuno tornare più avanti) avverrebbe mediante la notifica anche a lei (oltre che alla società "partecipata") del pignoramento. Qui la Corte si premura di ricordare che le modalità del pignoramento mobiliare diretto di cui all'art. 513 c.p.c.

(13) Dal tenore di queste disposizioni, peraltro, vengono rinvenuti spunti - sia ad opera delle pronunce giurisprudenziali sia di una parte della dottrina - per argomentare la predicata dissociazione tra titolarità del diritto e legittimazione al suo esercizio. In particolare si richiamano a tal fine l'art. 1, comma 1, L. n. 1966/1939, ove si afferma che "Sono società fiduciarie e di revisione e sono soggette alla presente legge quelle che, comunque denominate, si propongono, sotto forma di impresa, di assumere l'amministrazione dei beni per conto di terzi, l'organizzazione e la revisione contabile di aziende e la rappresentanza dei portatori di azioni e di obbligazioni"; e l'art. 1, comma 5, R.D. n. 239/1942, ai sensi del quale "Le società fiduciarie che abbiano intestato al proprio nome titoli azionari appartenenti a terzi sono tenute a dichiarare le generalità degli effettivi proprietari dei titoli stessi". Per tutti v. N. Lipari, Il negozio fiduciario, cit., 444. V. tuttavia la lettura evolutiva di P.G. Jaeger, Intestazione, cit., 1084, ove si sostiene che il fenomeno della intestazione a società fiduciaria di partecipazioni sociali sarebbe invero astrattamente compatibile tanto con lo schema della fiducia romanistica quanto con quello della fiducia germanistica, non ostandovi le disposizioni normative dianzi citate giacché "si deve ammettere che entrambe le nozioni di rapporto fiduciario sono parimenti legittime, dipendendo, in definitiva, la scelta fra l'una o l'altra di esse dalla volontà delle parti" e che in particolare la disposizione di cui all'art. 1, ultimo comma, R.D. n. . 239/1942 sarebbe "neutra" rispetto al problema della configurabilità, nelle singole fattispecie, di una fiducia di tipo romanistico o germanistico, in quanto "conciliabile con entrambe le costruzioni" (pp. 1097-1098).

(14) Lo rileva C. Frigeni, La partecipazione fiduciaria nel diritto vivente, cit., 189, il quale acutamente osserva che "si cercherebbero invano [nelle pronunce, N.d.r.] indicazioni circa i criteri in base ai quali procedere ad accertare se l'effetto perseguito dalle parti con il c.d. negozio fiduciario sia quello di trasferire al fiducia[rio] la piena titolarità sulle partecipazioni, ovvero la mera legittimazione all'esercizio dei diritti sociali"; v. anche M. Maugeri, Intestazione fiduciaria e circolazione della partecipazione, cit., 63 ss., spec., 67, il quale osserva che anche negli orientamenti giurisprudenziali secondo cui in caso di intestazione a una società fiduciaria si applica lo schema della fiducia germanistica, predicandosi cioè in thesi una scissione tra titolarità del diritto sulla partecipazione sociale e legittimazione all'esercizio dei diritti da essa nascenti e una esclusione dell'acquisto della proprietà in capo alla fiduciaria il cui coinvolgimento è confinato al piano della legittimazione all'esercizio dei diritti partecipativi, si finisce con il chiarire che "dal momento che il rapporto fiduciario è qualificabile come mandato senza rappresentanza e regola i rapporti interni tra fiduciaria e fiduciante [...] il soggetto a cui imputare diritti e obblighi societari deve essere solo il titolare formale" e cioè la società fiduciaria (così Trib. Verona 18 aprile 2012, in www.ilcaso.it).

(15) Così sempre C. Frigeni, op. cit., 190.

(16) V. in particolare, oltre a E. Ginevra, La partecipazione fiduciaria in s.p.a., cit., 56 ss.; M. Maugeri, Intestazione fiduciaria,

(17) Così espressamente la sentenza qui annotata, al par. 8.1.5.

# Processo, arbitrato e megiazione - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l. Giurisprudenza

conoscono ipotesi di pignoramento di cose "che non si trovano in luoghi appartenenti al debitore ma delle quali egli può direttamente disporre" (art. 513, comma 3), che possono essere pignorate dall'ufficiale giudiziario previa autorizzazione, da dare con decreto, del presidente del tribunale o di un giudice da lui delegato, su ricorso del creditore; oppure di cose del debitore in possesso del terzo e che questi "consente di esibirgli". Con questi esempi la Corte intende dimostrare che l'ordinamento ammette che si proceda con pignoramento "diretto" e non "presso terzi" le volte in cui non sia necessario procedere a un previo "accertamento" di diritti espropriabili del debitore presso il terzo. Che questo sia il vero discrimen tra l'utilizzazione dell'art. 513 c.p.c. e l'art. 543 c.p.c. è più che lecito dubitare (ma anche su questo aspetto torneremo più avanti).

A questo punto si colloca un'ampia digressione volta ad affrontare (e superare) quello che la Corte ritiene essere il maggiore ostacolo all'utilizzo delle forme dirette di espropriazione di cui all'art. 2471 c.c.: la eventualità che il fiduciante non sia il vero titolare della quota assoggettata a pignoramento, giacché dal registro delle imprese risulta la società fiduciaria quale intestataria "formale" della partecipazione e quindi rischierebbe di non essere soddisfatto "il presupposto imprescindibile dell'indice di appartenenza dei beni [...] al debitore", secondo "le regole che informano sia l'espropriazione mobiliare che quella immobiliare": il g.e. infatti non sarebbe in grado di superare "mediante l'esercizio di poteri di indagine che non gli competono" l'obbligo di riservatezza cui l'attività della fiduciaria sarebbe informata. L'ostacolo viene superato affermando, da un lato, che ai fini della valida instaurazione della procedura esecutiva è sufficiente l'allegazione del creditore procedente circa la sussistenza della titolarità "sostanziale" in capo al fiduciante; dall'altro, richiamando la possibilità che un'eventuale difformità tra la titolarità così individuata e la realtà giuridica (ossia la riconducibilità della quota a un soggetto diverso dal preteso fiduciante individuato dal creditore) sia fatta valere dal "vero" fiduciante mediante l'opposizione ex art. 619 c.p.c.: la società fiduciaria, a tal fine, dovrà comunicare al vero titolare, in adempimento degli obblighi discendenti dal pactum fiduciae, l'avvenuto pignoramento della quota a lei formalmente intestata, così provocando l'opposizione del terzo "proprietario". Corollari tratti da questa impostazione sono specificamente i seguenti: i) né il fiduciante

"aggredito" con l'azione esecutiva potrà opporsi ex art. 615 c.p.c. deducendo la titolarità formale in capo alla fiduciaria, al fine di sottrarsi all'esecuzione; ii) né la società fiduciaria potrà opporsi ex artt. 615 o 619 c.p.c., deducendo la titolarità formale della partecipazione al fine di far sospendere l'esecuzione e impedire la vendita forzata del bene pignorato, "considerato che, in entrambi i casi, essendo i beni ed i diritti da essa amministrati nell'interesse del fiduciante separati rispetto al suo patrimonio [...] non potrebbe limitarsi ad affermare di essere proprietaria delle quote ad essa solo formalmente intestate" (18).

#### Esclusione del pignoramento presso terzi e correlata "svalutazione" del rapporto fiduciario ai fini dell'espropriazione della quota

Abbiamo così individuato i punti della motivazione che ci sono parsi "portanti" nel fondare la soluzione proposta. Ora ci siano consentite alcune riflessioni, per saggiare se effettivamente la scelta compiuta sia necessitata dai passaggi che abbiamo evidenziato e se effettivamente il definitivo abbandono delle forme dell'espropriazione presso terzi, nella fattispecie considerata, siano rispondenti al sistema che il legislatore ha costruito nella suddivisione dei mezzi espropriativi.

In primo luogo, merita approfondimento il passaggio della sentenza in base al quale il pignoramento diretto nella fattispecie esaminata si farebbe preferire perché non vi sarebbe la necessità di "accertare" i diritti del debitore espropriabili presso il terzo. Il riferimento è espressamente all'alternativa che si pone tra la forma di pignoramento di cui all'art. 513, commi 3 e 4, c.p.c. e quella dell'art. 543, comma 1, c.p.c., nella parte in cui contempla come oggetto di espropriazione "cose in possesso del terzo".

In base alla prima norma, si procede con pignoramento diretto (dietro autorizzazione del presidente del tribunale o di un giudice da lui delegato) le volte in cui l'ufficiale giudiziario pignori "cose determinate che non si trovano in luoghi appartenenti al debitore, ma delle quali egli può direttamente disporre" (comma 3) oppure quando l'ufficiale giudiziario sottopone a pignoramento "le cose del debitore che il terzo possessore consente di esibirgli" (comma 4).

Alla stregua della seconda norma, invece, si procede con il pignoramento nelle forme del presso terzi (ossia

beni del patrimonio della fiduciante rispetto ai beni del patrimonio della fiduciaria: Cass.Civ. n. 10031/1997.

<sup>(18)</sup> Così il par. 9.1. della sentenza qui annotata, richiamando espressamente la giurisprudenza che afferma la separazione dei

# Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l. **Processo**, arbitrato e mediazione Giurisprudenza

mediante la notifica di un atto, al terzo e al debitore, contenente gli elementi di cui all'art. 543 c.p.c.) quando si tratti di pignorare "cose del debitore che sono in possesso di terzi". Gli ambiti di applicazione delle due norme si presentano da sempre di difficile delimitazione e tendenti ad intersecarsi (19). Tuttavia, per la dottrina prevalente, il vero discrimen tra le due forme espropriative (diretta o presso terzi) andrebbe individuato nella relazione giuridica che intercorre tra il bene (del debitore) e il terzo. E in particolare si sottolinea che la disponibilità del debitore, tale da precludere quella del terzo e quindi da far prevalere le forme del pignoramento diretto su quello presso terzi, è da intendersi ricorrente quando "benché del luogo in cui la cosa si trova al debitore non spetti il godimento esclusivo, egli abbia però in virtù del rapporto giuridico esistente tra lui e il terzo, a cui ne spetta il godimento esclusivo, il diritto di accedervi per introdurvi, per amministrarvi o per asportarne le cose sue senza bisogno della cooperazione del terzo" (20); con la conseguenza che il "possesso" di cui parla l'art. 543 c.p.c. (ma anche l'ultimo comma dell'art. 513 c.p.c.) "sussiste quando la sua detenzione lo legittima ad impedire al debitore l'utilizzazione o il prelevamento dei beni dell'esecutato presso di lui giacenti; cosa si verifica quando il terzo abbia un proprio diritto sul bene del debitore, sia esso di godimento, di pegno o di ritenzione" (21). Con l'ulteriore precisazione (e qui si coglie la simmetria tra il possesso di cui parla l'art. 513, comma 4 e quello di cui discorre l'art. 543) che il terzo titolare di tale situazione giuridica "qualificata" che impedisce l'applicazione del pignoramento diretto rinunci alle forme dell'espropriazione presso terzi e acconsenta all'espropriazione diretta (22).

Da questi rilievi emerge che, come si è autorevolmente notato, "il pignoramento presso terzi si impone ogni volta che il terzo sia titolare di una situazione soggettiva avente ad oggetto la cosa, idonea a limitare la disponibilità di essa da parte del debitore, mentre il pignoramento diretto è esperibile in assenza di ogni potere del terzo sulla cosa idoneo a condizionare quello del debitore ovvero quando il terzo, esibendo spontaneamente la cosa, lo consenta" (23).

Al fine di escludere tout court l'applicazione del pignoramento presso terzi alla fattispecie considerata, ci sembra quindi essenziale una previa valutazione della incisività/condizionamento del rapporto fiduciario sulla posizione del debitore (recte: sulla situazione giuridica che il debitore ha rispetto al bene pignorato) e, di riflesso, sull'azione esecutiva del creditore procedente. Il tipo e la intensità di questo condizionamento ci pare possano variare a seconda del concreto atteggiarsi del rapporto fiduciario (v. immediatamente infra).

È evidente come, nella fattispecie considerata, le modalità di pignoramento "diretto" contemplate dall'art. 2471 c.c. non siano nemmeno lontanamente assimilabili a quelle contemplate dall'art. 513 c.p.c.: nel primo caso, il pignoramento consta della notifica di un atto contenente la ingiunzione di cui all'art. 492 c.p.c., mentre, nel secondo, esso si risolve nell'apprensione materiale del bene da parte dell'ufficiale giudiziario. Così come la locuzione "cose in possesso del terzo" va chiaramente intesa in senso traslato (24)

(19) V. A. Saletti, *Dell'espropriazione presso terzi*, in S. Chiarloni (a cura di), Commentario del codice di procedura civile, Bologna,

(20) Così F. Carnelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*<sup>5</sup>, III, Roma, 1956, 41; nello stesso senso R. Vaccarella, Espropriazione presso terzi, in Dig. civ., VIII, Torino, 1992, 94 ss.; A. Saletti, Dell'espropriazione, cit., 6.

(21) A. Saletti, Dell'espropriazione, cit., 6-7. Già in tal senso orientava la lezione di G. Tarzia, L'oggetto del processo di espropriazione, Milano, 1961, 226 ss.; R. Vaccarella, Espropriazione,

(22) R. Vaccarella, Espropriazione presso terzi, cit., 95. Nonché, sempre sulla possibilità che le forme "più garantistiche" per la situazione giuridica del terzo siano da questi rinunciate, v. A. Saletti, op. cit., 7. Cfr. B. Capponi, Diritto dell'esecuzione civile', Torino, 2023, 167, il quale osserva che "il criterio rilevante per la scelta a favore del p.p.t. è dunque quello della necessaria collaborazione del terzo, senza la quale neppure lo stesso debitore potrebbe avere libero accesso ai propri beni".

(23) Così espressamente R. Vaccarella, Espropriazione presso terzi, cit., 95. Già S. Satta, Commentario al codice di procedura civile, III, Milano, 1965, 306 ss., limpidamente osservava che "la forma del pignoramento presso terzi anziché presso il debitore non è meramente estrinseca, ma intrinseca, e cioè in funzione di un rapporto che lega il debitore e il terzo in ordine alla cosa" e che

"è appunto la previsione di questo rapporto, più che il fatto spaziale e materiale, che determina l'esclusione del pignoramento diretto, ed è questa stessa previsione che accomuna i mobili ai crediti, i quali sono sostanzialmente anch'essi un rapporto, anche se suscettibili da un punto di vista economico e pecuniario di una certa oggettivazione". V. Colesanti, Pignoramento presso terzi, in Enc. dir., XXXIII, 834 ss., spec. 836, precisa che mentre nel pignoramento dei crediti, la figura del "terzo debitore" è "coessenziale alla natura stessa del bene da assoggettare all'esproprio", ossia il credito, e di qui "l'esigenza di modellare il procedimento esecutivo avente ad oggetto il credito in forme tali da saper incidere, e però nel contempo esser rispettose, della situazione giuridica del terzo", nel caso del pignora-mento di cose del debitore "in possesso" del terzo, invece, è il "titolo, in funzione del quale il bene si trova presso il terzo" a comportare "a sua volta l'esigenza di non trascurare la situazione giuridica del terzo medesimo, [...] talché, a ben vedere, anche qui viene ad emergere quella relazione giuridica corrente tra terzo e debitore esecutato, che prospetta la duplice necessità di incidere su di essa ai fini dell'espropriazione, e però anche di rispettarla, non fosse che per la estraneità del terzo dinanzi al titolo che legittima l'esecuzione forzata"

(24) Sulla necessità di adattare le categorie civilistiche di possesso e detenzione nel contesto della espropriazione forzata v. soprattutto G. Tarzia, L'oggetto, cit., 225 ss.

# Processo, arbitrato e megiazione Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l. Giurisprudenza

al fine di ricomprendere (o meno) nel suo ambito di applicazione la fattispecie di beni non materiali (quali le quote di S.r.l.) affidati in virtù di un contratto (che la opinione prevalente riconduce allo schema del mandato senza rappresentanza (25)) che ne attribuisce in buona sostanza la amministrazione e la conservazione (mediante il negozio fiduciario si attribuisce la legittimazione all'esercizio dei diritti connessi alla partecipazione al fiduciario, che così la "amministra" seppure dietro le direttive del fiduciante secondo quanto previsto dal pactum fiduciae) (26). Del resto, il modello del pignoramento presso terzi non è nuovo ad un simile utilizzo: se ne è predicata, ad esempio, la applicazione al pignoramento degli strumenti finanziari dematerializzati, soggetti alla disciplina di cui al D.Lgs. n. 58/1998, ove pure può discorrersi solo in senso traslato di beni "in possesso" (27) (venendo in rilievo rapporti inquadrati nell'ambito vuoi del deposito, vuoi del mandato) del terzo (28).

Insomma, volendo tener fede all'insegnamento che ha messo in luce come la scelta per il pignoramento presso terzi debba passare attraverso la previa valutazione della situazione giuridica che lega il terzo al bene pignorato (29), non ci sembra possa essere facilmente elusa una simile valutazione in relazione al rapporto fiduciario che intercorre tra fiduciante e fiduciaria e che sembra idoneo, in astratto, a condizionare l'azione esecutiva esercitata dal creditore. Ci sembra cioè che il rapporto che intercorre tra fiduciante e fiduciaria sia un rapporto - anche prescindendo, in prima battuta, dal tipo di fiducia, romanistico o germanistico (oppure di fiducia "statica" o "dinamica") - meritevole di considerazione sub specie iuris. È un rapporto, cioè, che qualifica (rispetto al bene) la relazione tra i due soggetti, debitore e terzo, e che non relega quest'ultimo (come sembra emergere dall'argomentare della Corte) ad un ruolo di mero "intestatario formale" della partecipazione sociale.

Dunque, un coinvolgimento della fiduciaria nella espropriazione forzata ci pare al fondo ineludibile, come peraltro dimostra la necessità - emergente dal principio di diritto, ma su cui la Corte non si sofferma granché nella motivazione - che il pignoramento, pur attuato nelle forme di cui all'art. 2471 c.c., venga notificato anche alla società fiduciaria, oltre che alla società partecipata dal fiduciante-debitore (così determinandosi una sensibile deviazione dal modello dell'art. 2471 c.c., che prevede la notifica del pignoramento al debitore e alla sola società partecipata: su questo profilo v. infra).

#### Segue. Pro e contra della applicazione del pignoramento presso terzi alla fattispecie considerata. Una possibile soluzione alternativa

Dicevamo che il tipo e la intensità di questo coinvolgimento della fiduciaria quale "terzo" ci sembra

(25) Cfr. in particolare le considerazioni di G. Guizzi, Girata simulata e girata fiduciaria: spunti per una ricerca, in Riv. dir. comm., 1996, 509 ss., spec. 559 ss.; in giurisprudenza cfr. Cass. Civ. 23 giugno 1998, n. 6246, in Giust. civ., 1998, I, 2278.

(26) Secondo lo schema che viene definito di fiducia "statica" (in cui cioè la società fiduciaria si "limita" ad amministrare e conservare i beni fiduciariamente affidatile, in base alle direttive impartite dal fiduciante), contrapposta alla fiducia "dinamica" (ove la fiduciaria si fa parte ancora più attiva, essendo i suoi poteri estesi a disporre dei beni ai fini di investimento e massimizzazione del profitto del fiduciante). È evidente come l'atteggiarsi del rapporto sia in tutto e per tutto affidato al concreto assetto di interessi divisato dalle parti nell'accordo fiduciario.

(27) In particolare per la possibilità che anche la partecipazione sociale sia suscettibile di una situazione giuridica assimilabile al "possesso" (anche senza doversi richiamare il classico e generale studio di E. Finzi, Il possesso di diritti, Roma, 1915, passim) v. B. Biondi, Trasferimento di quote e funzione del libro dei soci nella società a responsabilità limitata, in Banca, borsa, tit. cred., 1959, II, 226 ss.; contra U. Morera, Contributo allo studio del seguestro di azioni e quote di società, in Banca, borsa, tit. cred., 1986, 4-5, 492 ss., spec. 508, nonché A. Bonsignori, Gli effetti del pignoramento, in Il codice civile. Commentario, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2000, 90. In giurisprudenza, peraltro, non si è mancato di assimilare alla situazione giuridica del possesso (di diritti e non di cose) quella del socio che sia in grado di esercitare i poteri sociali connessi alla partecipazione nei confronti della società: in tal senso Cass. Civ. 12 dicembre 1986, n. 7409, cit. e, più di recente, Cass. Civ. 16 maggio 2014, n. 10826, in

Corr. giur., 2015, 3, 362 ss., con nota di L. Furgiuele, Iscrizione nel registro delle imprese e conflitti tra titolari di diritti incompatibili sulle quote di società a responsabilità limitata.

(28) Salvo poi l'emergere di spinose difficoltà nella corretta individuazione di detto terzo (intermediario abilitato alla negoziazione degli strumenti oppure società di gestione accentrata), o del richiamo a procedimenti attuativi atipici che si discostano sensibilmente dal pignoramento diretto e dal pignoramento presso terzi come disciplinati dal codice di rito: sul tema v., con varietà di accenti, F. Corsini, L'espropriazione degli strumenti finanziari dematerializzati (problemi e prospettive), in Banca, borsa, tit. cred., 2004, I, 79 ss., spec. 86 ss., il quale inclina per le forme del presso terzi per vincolare titoli parzialmente dematerializzati (in virtù della qualificazione giuridica in termini di deposito del rapporto tra debitore-investitore e intermediario), mentre ipotizza un pignoramento atipico che combina le forme del pignoramento documentale con quelle del pignoramento diretto ad opera dell'ufficiale giudiziario per i titoli totalmente dematerializzati (anche in virtù dell'inquadramento nelle maglie del mandato del rapporto giuridico tra debitore e intermediario); M.P. Gasperini, Pignoramento e sequestro di partecipazioni sociali, Torino, 2008, 56 ss., la quale invece propende per le forme del pignoramento presso terzi; nello stesso senso (ossia per la applicazione delle forme del pignoramento presso terzi) F. Briolini, L'attuazione del pignoramento e dei sequestri di azioni nominative, in Banca, borsa, tit. cred., 2001, 222 ss.

(29) V. ancora R. Vaccarella, Espropriazione presso terzi, cit.; G. Tarzia, L'oggetto, cit., 235 ss.; S. Satta, Commentario al codice di procedura civile, cit., 245.

# Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l. **Processo**, arbitrato e mediazione Giurisprudenza

possano variare a seconda del concreto atteggiarsi del rapporto fiduciario. Qui riprende vigore, in altri termini, la distinzione tra fiducia romanistica e fiducia germanistica (30).

Occorre distinguere, cioè, l'ipotesi in cui il fiduciante sia rimasto titolare "sostanziale" della partecipazione, il che legittima a monte l'aggressione esecutiva della partecipazione da parte del suo creditore personale; dalla ipotesi in cui, invece, il rapporto fiduciario si atteggia secondo il tipo "romanistico". In questa seconda ipotesi, è la stessa configurabilità a monte dell'azione esecutiva a vacillare, dovendosi riconoscere che anche la titolarità "sostanziale" è in capo alla fiduciaria: da ciò deriverebbe l'impossibilità per il creditore del fiduciante di aggredire la partecipazione fiduciariamente intestata. Impossibilità che sarebbe superabile dal creditore unicamente mediante il previo vittorioso esperimento di un'azione revocatoria o, laddove ne ricorrano i presupposti, mediante il c.d. pignoramento revocatorio di cui all'art. 2929-bis c.c.; oppure ancora, mediante l'esperimento di un'azione surrogatoria volta a far valere il diritto alla re-intestazione della partecipazione fiduciariamente affidata (31).

Viceversa, al cospetto della prima ipotesi considerata, ossia quando l'attribuzione fiduciaria sia avvenuta secondo lo schema "germanistico" (ove dovrebbe essere sussumibile il caso di specie, stando all'inquadramento della Cassazione), una volta appurato che l'azione esecutiva del creditore non trova ostacolo nella operazione di intestazione fiduciaria (32), occorre quindi chiedersi, alla luce delle considerazioni svolte nel paragrafo precedente: può il rapporto fiduciario (33) incidere sulla posizione giuridica del fiduciante a tal punto da imporre l'adozione delle forme del pignoramento presso terzi? Oppure, detta altrimenti (come una sorta di risvolto della medaglia): può la situazione giuridica costituita in capo alla fiduciaria meritare protezione nel corso del procedimento di aggressione esecutiva al punto da imporre la adozione delle forme del pignoramento presso terzi?

La risposta a questa domanda non è agevole e dipende in larga parte dall'atteggiarsi sostanziale dei rapporti sottesi al pactum fiduciae. La Cassazione, nella sentenza qui annotata, dà indiscutibilmente (anche se implicitamente, giacché dalla motivazione non emerge con chiarezza tale profilo) risposta negativa. La adozione del pignoramento diretto (nelle forme dell'art. 2471 c.c.) anziché del pignoramento presso terzi per vincolare la partecipazione sociale nella S.r. 1. intestata fiduciariamente presuppone a nostro avviso una netta svalutazione del rapporto fiduciario ai fini della espropriazione forzata del bene. In particolare, presuppone la considerazione per cui non potendo la fiduciaria "disporre" del diritto sul bene, non sia nemmeno necessaria una sua cooperazione nelle forme della espropriazione presso terzi - nel contesto della aggressione esecutiva della quota. Siffatta svalutazione, seppure astrattamente coerente

con l'inquadramento della fiducia nel tipo "germanistico", non è esente da profili critici. Il più importante dei quali ci pare rappresentato da un eccessivo svilimento del rapporto fiduciario ai fini della costituzione di un efficace vincolo sulla partecipazione pignorata. Si consideri infatti che la titolarità formale della partecipazione in capo alla fiduciaria rende sempre necessaria una sua cooperazione (e quindi il

(30) L'indagine circa il concreto atteggiarsi del rapporto fiduciario, pur quando questo intercorre con una società fiduciaria che esercita la propria attività ai sensi della L. n. 1966/1939, non sembra possa essere superata al fine di inquadrare correttamente la fattispecie di diritto sostanziale che si frappone tra il creditore e il bene da aggredire. Certo, una simile indagine tendenzialmente sfugge al giudice di legittimità, giacché rischia di attingere al merito, a meno di non essere veicolata da apposito motivo di ricorso che si appunti sulla interpretazione delle clausole contrattuali. Peraltro, se si aderisce alla prospettazione di P.G. Jaeger, la circostanza che la controparte del rapporto sia una società fiduciaria non rappresenterebbe un'automatica conferma del ricorrere dello schema della fiducia germanistica, poiché in astratto l'attività della fiduciaria sarebbe compatibile tanto con la fiducia romanistica quanto con quella germanistica (cfr. supra nt. 10).

(31) Come osserva puntualmente P.G. Jaeger, Sull'intestazione fiduciaria, cit., 1085, la rilevanza pratica della distinzione tra i due modelli fiduciari si apprezza soprattutto guardando al patrimonio del fiduciante: "nel caso di fiducia di tipo romanistico in esso si rinviene solo un diritto di credito alla reintestazione dei beni conferiti, laddove, nel caso di fiducia germanistica in esso permane la proprietà dei beni medesimi". Questa impostazione conduce l'A. a farne discendere precisi corollari in ordine a vari profili: quello successorio, quello delle azioni esecutive promosse dai creditori del fiduciante, quello del fallimento di quest'ultimo. Per quanto qui interessa maggiormente,

ossia il profilo delle azioni esecutive promosse dai creditori del fiduciante, lo Jaeger afferma che "se si ritiene che l'intestazione fiduciaria del titolo comporti il trasferimento della titolarità del diritto in capo alla società fiduciaria, non sembra dubbio che i creditori del fiduciante possano soltanto esercitare, in via surrogatoria, l'azione di restituzione; potrebbero anche agire per revocatoria, ove siano in grado di fornire la prova che il negozio fiduciario è stato stipulato per frodarli" (p. 1086).

(32) Sotto questo profilo si coglie, ci sembra, la differenza tra il fenomeno della intestazione fiduciaria qui in analisi e il fenomeno del trust, in cui si afferma che il creditore del disponente (al pari dei creditori personali del trustee) non possa aggredire con l'azione esecutiva i beni conferiti in trust (e trasferiti, quindi, al trustee) con atto di data certa anteriore al pignoramento (così ad esempio Trib. Brescia 12 ottobre 2004, in Trusts e attività fiduciarie, 2005, 83. Cfr. S. Leuzzi, Trust ed esecuzione forzata, in Inexecutivis.it, 25 luglio 2022, par. 3, nonché i richiami di L. Galanti, Processo senza soggetti. Contributo allo studio delle "gestioni patrimoniali autonome" nel processo, Milano, 2021, 263.

(33) È di N. Lipari, Fiducia statica e trusts, in I. Benventi (a cura di), I Trusts in Italia oggi, 70, la lucida considerazione per cui il problema della fiducia può essere compreso genuinamente "solo spostandone il punto di incidenza dal terreno dell'atto a quello del rapporto".

# Processo, arbitrato e megiazione Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l. Giurisprudenza

compimento di una attività giuridicamente rilevante) ai fini della re-intestazione della quota al fiduciante (che, nel frattempo, potrebbe anche essere cambiato, in virtù della applicazione del principio consensualistico, pianamente applicabile al trasferimento di quote di S.r.l., così come delle partecipazioni azionarie (34)). Si aggiunga che la fiduciaria è "socio" a tutti gli effetti nei rapporti con la società partecipata, essendo lei legittimata ad esercitare i diritti sociali, e a riscuotere gli utili che ex art. 2912 c.c. sono ricompresi nell'ogdel pignoramento della partecipazione sociale (35). In ultimo, ma non da ultimo, non può escludersi del tutto (nonostante la professionalità che caratterizza l'esercizio dell'attività della fiduciaria lo faccia ritenere improbabile) un esercizio "abusivo" dei poteri attribuiti alla fiduciaria in virtù del pactum fiduciae, rischio insito, invero, in qualsiasi vicenda di affidamento fiduciario (36).

Un secondo insieme di considerazioni critiche suscitato dalla lettura proposta dalla Suprema Corte attiene al mancato ravvisamento della necessità che venga "accertata" l'esistenza della relazione fiduciaria ai fini dell'espropriazione forzata della partecipazione (mediante la dichiarazione del terzo, la sua mancata dichiarazione o l'ordinanza del giudice che risolve le eventuali contestazioni sul punto). Altro è infatti negare che un "accertamento" del genere abbia efficacia di un accertamento pieno - vieppiù dopo che le riforme del 2012-2015 hanno spostato l'accertamento in questione dalla sede della cognizione piena di cui al previgente art. 548 c.p.c., alla sede della cognizione endo-esecutiva di cui al vigente art. 549 c.p.c. (37) - altro affermare che un simile accertamento non serva del tutto (38). Gli è infatti che la fiduciaria, nel rendere la dichiarazione ex art. 547 c.p.c. può determinare la non contestazione (anche se ai limitati fini dell'esecuzione forzata in corso) circa la questione dell'esistenza del rapporto fiduciario, a prescindere dalla circostanza dell'eventuale opposizione dell'obbligo di riservatezza paventata dalla Cassazione (un'eventuale opposizione della riservatezza da parte della fiduciaria potrebbe anche leggersi alla stregua di una non contestazione; o comunque, il creditore potrebbe, nell'ambito della cognizione sommaria davanti al g.e., provare con ogni mezzo la intestazione fiduciaria (39)). E ciò a beneficio tanto del creditore procedente quanto dell'eventuale assegnatario o aggiudicatario della partecipazione pignorata, il quale potrebbe necessitare della cooperazione della fiduciaria al fine di

(34) Cfr., anche per riferimenti ulteriori, V. De Stasio, La forma e l'iscrizione del trasferimento della partecipazione nel registro delle imprese, in A. Dolmetta - G. Presti (a cura di), S.r.l. Commentario, Milano, 2011, 352.

(35) Secondo l'impostazione classica di A. Bonsignori, Espropriazione della guota di società a responsabilità limitata, Milano, 1961, 85, e di E. Grasso, L'espropriazione della guota, Milano, 1957, 344, confermata da M.P. Gasperini, Pignoramento e sequestro, cit., 117, nt. 131. Da ultimo, v. B. Sassani, Lineamenti, cit., 982.

(36) Può considerarsi ormai "classica" l'affermazione per cui la possibilità di abuso rappresenta un elemento essenziale del negozio fiduciario, tanto che "lo schema conduce evidentemente a tratteggiare la posizione del fiduciante come caratterizzata da un'ontologica debolezza, non potendo tale soggetto in nessun modo impedire, pena la dissoluzione della fattispecie stessa, gli effetti reali collegati all'eventuale illecita disposizione da parte del fiduciario" (così E. Ginevra, La partecipazione fiduciaria in s.p.a., cit., 8, nt. 25). Sulla possibilità che la "potestà di abuso" si presenti anche al di fuori dello schema di fiducia romanistico, poiché a monte anche in simili ipotesi sussiste la "sproporzione tra il mezzo giuridico adottato e lo scopo che le parti si propongono di utilizzare", v. P.G. Jaeger, La separazione del patrimonio fiduciario, cit., 65-66. Da ultimo V. De Stasio, L'intestazione fiduciaria di quote di s.r.l.. cit.. 631

(37) Ci si riferisce, in particolare, alle riforme che hanno interessato l'espropriazione presso terzi, a partire da quella attuata con la L. 24 dicembre 2012, n. 228, che ha attratto l'accertamento dell'obbligo del terzo nell'alveo del processo di espropriazione forzata, anche nella ipotesi di insorgenza di contestazioni sull'esistenza o sull'ammontare del credito oggetto del pignoramento, abbandonandosi il previgente sistema in base al quale dette contestazioni andavano risolte nell'ambito di un apposito incidente cognitivo. Sull'assetto ante e post-riforma cfr. F.P. Luiso, Diritto processuale civile<sup>14</sup>, III, Milano, 2024, 87 ss.; R. Giordano,

Considerazioni sul procedimento di accertamento dell'obbligo del terzo, in Riv. esec. forz., 2016, 4, 636 ss., spec. 638.

(38) Cfr. Trib. Torino 3 giugno 2016, cit., secondo cui l'adozione delle forme del pignoramento presso terzi quando le quote societarie siano intestate a una fiduciaria sarebbe necessario proprio 'per accertare" la esistenza del rapporto fiduciario e la "effettiva titolarità delle quote in capo al fiduciante"; conff. Anche P. Castoro - N. Castoro, Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico<sup>16</sup> Milano, 2023, 573. Ma, parrebbe, anche Montanari - Baroncini, Sub art. 543, in Codice di procedura civile. Commentario, diretto da C. Consolo, III, Milano, 2018, 952.

(39) Cfr. seppure con riferimento alla disciplina previgente che prevedeva la necessaria instaurazione del giudizio di cognizione piena per procedere all'accertamento dell'obbligo del terzo in caso di sua mancata dichiarazione o di eventuali contestazioni, Trib. Reggio Emilia 11 aprile 2012, cit.; Trib. Roma 17 maggio 2012, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2013, 291 ss., che, nell'ambito di un giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo instaurato ai sensi del previgente art. 548 c.p.c. e originato dalla attuazione di un seguestro presso terzi di partecipazioni intestate a una società fiduciaria, ha affermato che il creditore, di fronte alla opposizione dell'obbligo di riservatezza può provare con qualsiasi mezzo l'intestazione fiduciaria della partecipazione (precisiamo peraltro che nel caso di specie il Tribunale muoveva da una qualificazione del rapporto in termini di fiducia "romanistica", con passaggio della titolarità sostanziale e quindi incasellando l'operazione in una interposizione reale, in palese dissonanza dalla giurisprudenza di legittimità di cui abbiamo dato conto supra). Sul dovere di riservatezza che può caratterizzare l'attività delle società fiduciarie e sulla necessità di individuare apposite prescrizioni al fine di imporre una disclosure alle stesse, cfr. Accinni, Limiti di opponibilità ai terzi della riservatezza del rapporto fiduciario nell'ambito di procedure esecutive, in Trusts e attività fiduciarie, 2013, 268 e, più di recente, C. Bicci - B. Colombo, Le società fiduciarie tra operatività attuale e prospettive future, in Dirittobancario.it, 2017, par. 6.

procedere alla intestazione a suo nome della partecipazione oggetto di pignoramento e di vendita forzata. Non dimentichiamoci infatti che la re-intestazione, a prescindere dal fatto che sia atto dovuto da parte della fiduciaria in adempimento del mandato fiduciario (recte: atto di adempimento dell'obbligo derivante dal mandato fiduciario), è atto che comunque rimane nella esclusiva sfera di disponibilità della fiduciaria stessa. E simili posizioni di potere della fiduciaria (attribuitele in virtù del rapporto fiduciario) in ordine al bene aggredito esecutivamente dal creditore ci sembra possano rilevare nell'ottica di condizionamento dell'azione esecutiva che indicavamo supra. E potrebbero rilevare a tal punto da rendere difficile (o comunque sconsigliabile) la completa elusione delle forme del pignoramento presso terzi (40).

Evidenziati i profili critici che ci sembrano nascondersi dietro il definitivo abbandono delle modalità attuative del pignoramento presso terzi per vincolare le quote intestate a una società fiduciaria, occorre tuttavia segnalare quello che ci pare essere l'ostacolo maggiore (non individuato invero espressamente nella pronuncia, ma evidentemente sotteso all'argomentare della Corte), alla adozione delle forme del pignoramento presso terzi nella fattispecie considerata. Ossia la circostanza che, per vincolare efficacemente la quota di S.r.l., la forma dell'espropriazione presso terzi, seppure consentirebbe di coinvolgere adeguatamente (e, a nostro avviso, opportunamente) nell'espropriazione forzata la fiduciaria, non sarebbe sufficiente allo scopo di vincolare "pienamente" la quota. Gli è infatti che la fattispecie di cui agli artt. 543 ss. c.p.c. non prevede due adempimenti essenziali nel contesto del pignoramento della quota di S.r.l., ossia la notifica alla società partecipata del pignoramento e la iscrizione dello stesso nel registro delle imprese (ai sensi di quanto dispone il vigente art. 2471 c.c.). È evidente che, se anche si volesse manl'impostazione fatta

giurisprudenza di merito e quindi continuare a percorrere l'applicazione delle forme del pignoramento presso terzi, occorrerebbe pensare a una sorta di "integrazione" di quelle forme con le forme del pignoramento della quota (art. 2471 c.c.), immaginando un'iscrizione del pignoramento (ancorché attuato nelle forme del presso terzi) nel registro delle imprese e la sua notifica anche alla società partecipata. Avverso una simile lettura, siamo consapevoli, potrebbe militare la tesi che tende a restringere gli atti iscrivibili nel registro delle imprese (in ossequio a un preteso principio di tassatitivà delle iscrizioni); ostacolo, quest'ultimo, che potrebbe superarsi abbastanza agevolmente argomentando appunto una reciproca integrazione tra le due forme di pignoramento, giustificata dalla peculiare situazione di diritto sostanziale che caratterizza il bene pignorato (41): il pignoramento da iscrivere sarebbe pur sempre un pignoramento della quota di S.r.l. (ai sensi dell'art. 2471 c.c.), anche se effettuato "presso" il titolare formale-società fiduciaria.

Questi, rispettivamente, ci paiono i *pro* e i *contra* che si parano dinanzi l'interprete il quale intenda propendere per l'abbandono (come suggerito dalla Cassazione) oppure per la conservazione (come solidamente ritenuto dalla giurisprudenza di merito) delle modalità espropriative del pignoramento presso terzi alla fattispecie delle quote di S.r.l. intestate fiduciariamente.

#### La notifica alla fiduciaria nella lettura della Corte e il suo (inevitabile) coinvolgimento nella espropriazione della quota: possibili corollari

Completato questo approfondimento, torniamo ora alla innovativa soluzione fornita dalla Corte, al fine di comprenderne appieno i risvolti per quanto attiene alle modalità di coinvolgimento della fiduciaria nel peculiare procedimento espropriativo che

(40) Cfr. Trib. Roma 10 maggio 2016, cit., ove si fa leva proprio sulla necessaria collaborazione della società fiduciaria che "amministra" le partecipazioni detenute per conto del fiduciante al fine di sostenere l'applicazione delle forme del presso terzi.

(41) Una simile integrazione, attesa la estrema lacunosità del disposto dell'art. 2471 c.c., non ci pare operazione poi così distante, mutato quel che v'è da mutare, da quanto si predica in ordine alla espropriazione di beni indivisi ex art. 599 c.p.c., ove si afferma che la stessa forma va poi integrata a seconda della natura del bene "indiviso" da sottoporre a espropriazione forzata: cfr. E. Grasso, L'espropriazione della quota, cit., 339, per il quale gli artt. 599 ss. c.p.c. "contengono solo una disciplina d'integrazione, la quale si applica in concomitanza del mezzo che deve essere adottato a seconda della natura del bene-quota"; nello stesso senso Id., Espropriazione di beni indivisi (voce), in Enc. dir., XV,

Milano, 1966, 796; cfr. altresì G. Tarzia, *L'oggetto del processo di espropriazione*, cit., 361, per il quale sia le norme sull'espropriazione di beni indivisi (599-601 c.p.c.), sia quelle disciplinanti l'espropriazione contro il terzo proprietario (602-604 c.p.c.), non rappresenterebbero degli autonomi "mezzi di espropriazione", assumendo pertanto l'esecuzione, anche in queste ipotesi, "le forme della espropriazione mobiliare, diretta o indiretta, o immobiliare, a seconda della natura e posizione del bene". Nella nostra ipotesi, invece, si tratterebbe di superare le obiezioni a una eventuale "contaminazione" di discipline, argomentando, da un lato, in ordine alle peculiarità del bene assoggettato a espropriazione (quota di S.r.I.) e, dall'altro, all'atteggiarsi del rapporto sostanziale che lo caratterizza, attesa la sua intestazione formale a società fiduciaria.

# Processo, arbitrato e megiazione Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l. Giurisprudenza

il principio di diritto enunciato disegna. La esigenza di coinvolgere la società fiduciaria nella vicenda espropriativa, anche se in forme diverse da quelle del pignoramento presso terzi, viene avvertita dalla Cassazione la quale infatti si premura di statuire che il pignoramento va notificato anche alla società fiduciaria (oltre che al debitore-fiduciante e alla società partecipata). Notifica, quest'ultima, che non essendo contemplata da alcuna norma specificamente dettata al proposito, rappresenta una significativa deviazione - come abbiamo già accennato dal procedimento di attuazione del vincolo esecutivo sulla quota come descritto dall'art. 2471 c.c. Emerge dalla motivazione che siffatta notifica serve a rendere edotta la fiduciaria circa l'aggressione esecutiva del patrimonio del fiduciante ed eventualmente ad avvertire un diverso fiduciante che a lei consti essere il titolare "sostanziale" della quota, al fine di provocarne la reazione mediante l'opposizione ex art. 619 c.p.c.; ma, sembrerebbe, anche ad assoggettarla (direttamente, pur se solo "formalmente") all'azione esecutiva. Quest'ultima considerazione ci sembra suggerita da un passaggio della motivazione, laddove la Corte afferma che "il pignoramento diretto previsto dall'art. 2471 cod. civ. ha, infatti, la funzione di produrre il vincolo di indisponibilità del bene che sostanzia il pignoramento sia riguardo al fiduciante, con gli effetti di cui all'art. 2913 cod. civ., in conseguenza della iscrizione nel Registro delle imprese, sia alla società fiduciaria, non quale terzo, ma ai sensi dell'art. 513 cod. proc. civ." (42). Ebbene, al di là della incongrua sovrapposizione degli adempimenti (notifica e iscrizione nel Registro delle imprese del pignoramento) e dei loro effetti (la prima serve a creare il vincolo di indisponibilità nei confronti del debitore, la seconda a rendere opponibile il vincolo erga omnes e, in particolare, ad eventuali terzi aventi causa dal socio-debitore), ci sembra che la Corte consideri la fiduciaria come diretta destinataria del pignoramento e attribuisca alla notifica un effetto di indisponibilità del bene anche nei suoi confronti (non diversamente potrebbe intendersi il richiamo all'art. 2913 c.c., il quale sostanzia l'effetto di indisponibilità valutando come privi di effetto gli atti di alienazione del bene pignorato eventualmente posti in essere dal debitore dopo il pignoramento) (43). Se così fosse tuttavia, se cioè la fiduciaria divenisse parte in senso processuale dell'espropriazione (44), ciò avverrebbe - ci sembra - in virtù del peculiare rapporto sostanziale che la lega al bene pignorato (45), non essendo certo ella riguardabile alla stregua di un soggetto passivo della sanzione esecutiva (46). Una posizione, quindi e a ben vedere, non dissimile da quella del terzo pignorato nella espropriazione presso terzi (47) e del tutto diversa da quella che ad esempio caratterizza il terzo proprietario nella espropriazione disciplinata dagli artt. 602 ss. c.p.c. (48).

(42) Così espressamente la sentenza annotata al par. 9.

(43) Del resto, ciò sembra coerente anche con la più moderna concezione che guarda al rapporto fiduciario avente ad oggetto la partecipazione sociale (denominata "fiducia societaria") in termini "fattispecie idonea a incidere sull'esercizio di un potere", evidenziandone così "l'intimo legame intercorrente con la vicenda della circolazione della partecipazione", intesa quest'ultima come vicenda caratterizzata non tanto dalla successione nella titolarità di un diritto o di uno status soggettivo, quanto come "sostituzione nell'ambito di una posizione organizzativa": in questi termini, espressamente, M. Maugeri, Intestazione fiduciaria e circolazione della partecipazione, cit., 72, richiamando la ricostruzione della vicenda circolatoria della partecipazione di L. Furgiuele, Trasferimento della partecipazione e legittimazione nelle società di capitali, 2013, 12 ss. Difatti, la situazione di potere attribuita alla fiduciaria in virtù del pactum fiduciae non è neutra rispetto all'azione esecutiva esercitata dal creditore procedente e un suo 'arresto" mediante il vincolo del pignoramento risulta funzionale alla tutela effettiva del credito.

(44) In quanto destinataria di alcuni effetti dell'atto di pignoramento notificatole.

(45) Secondo la nota tassonomia delineata da E.T. Liebman, II titolo esecutivo riguardo ai terzi, in Riv. dir. proc. civ., 1934, I, 145-146. il quale distingue tra terzi sui "beni dei quali sussiste una responsabilità esecutiva per le obbligazioni del debitore", riguardo ai quali "è lecito parlare d'una estensione dell'efficacia esecutiva del titolo" e "terzi che si trovano in un certo rapporto giuridico col bene del debitore su cui si esercita l'esecuzione", riguardo ai quali "si verifica una efficacia riflessa del titolo esecutivo"; sul tema v. altresì F.P. Luiso, L'esecuzione "ultra partes", Milano, 1984, 1 ss.

(46) Di qui, forse (ma la soluzione è necessariamente provvisoria, poiché il terreno ci pare assai scivoloso, a causa della vischiosità dei rapporti sostanziali che caratterizzano la peculiarissima vicenda espropriativa che si viene a determinare quando la quota è intestata a una società fiduciaria) la esclusione della necessità di notifica di titolo esecutivo e precetto ex art. 479 c. p.c. anche nei confronti della fiduciaria (notificazione che si imporrebbe, invece, laddove la fattispecie fosse assimilata alla espropriazione contro il terzo proprietario, ex art. 602 c.p.c.). Per la medesima soluzione, in relazione al terzo nel pignoramento presso terzi, cfr. B. Capponi, Diritto dell'esecuzione civile, cit., 167

(47) È noto che la dottrina maggioritaria stenta a riconoscere la qualità di "parte" formale della espropriazione in capo al terzo debitor debitoris nel pignoramento presso terzi (cfr. su tutti A. Saletti, Dell'espropriazione presso terzi, cit., 64, e 135 ss.; B. Capponi, Diritto dell'esecuzione civile<sup>7</sup>, cit., 165; V. Colesanti, Pignoramento presso terzi, cit., 837, distingue, al riguardo, l'attività esecutiva che si svolge "verso" il terzo da quella che si svolge "contro" il debitore, Id., Il terzo debitore nel pignoramento di crediti, II, Milano, 1967, 233). È altrettanto noto, tuttavia, che la recente giurisprudenza di legittimità lo ritiene parte necessaria in tutti gli incidenti oppositivi che si generino nel contesto della espropriazione che lo vede coinvolto quale terzo: cfr. ad esempio e da ultimo Cass. Civ. 6 febbraio 2023, n. 3520 e Cass. Civ. 6 febbraio 2023, n. 3587, entrambe in Riv. dir. proc., 2024, 1046 ss., con nota critica di T. Salvioni, Il terzo pignorato come litisconsorte necessario in tutte le opposizioni esecutive.

(48) Ci parrebbe cioè del tutto inadeguata una lettura che, valorizzando la separazione della partecipazione fiduciariamente

Dunque, se quanto appena rilevato è convincente, la notifica del pignoramento alla società fiduciaria dovrebbe servire, a nostro avviso, anche a mettere al riparo il creditore pignorante da eventuali atti di disposizione della fiduciaria (rendendoli inefficaci) idonei a vanificare la garanzia patrimoniale rappresentata dal valore della partecipazione pignorata. E così, su tutti, l'atto di re-intestazione della quota che, proprio nel caso di specie, aveva portato (per una sorta di "reazione a catena") alla perdita del bene pignorato. Si rammenti infatti che nel caso controverso, nelle more del pignoramento (attuato nelle forme del presso terzi) la fiduciaria aveva proceduto (evidentemente dietro indicazione del fiduciante) alla re-intestazione della quota in capo al fiduciante, il quale (avendo in tal modo riacquistato la sua "piena" qualità di socio) partecipava alla assemblea straordinaria della società ove veniva deliberato l'azzeramento del capitale per perdite e la sua ricostituzione, con rinuncia alla sottoscrizione del capitale ricostituito e conseguente perdita del bene pignorato (di qui la dichiarazione di cessazione della materia del contendere ad opera del giudice dell'opposizione). Di là delle indicazioni che questa vicenda offre circa la esigenza di addivenire alla nomina di un custode terzo che eserciti i diritti sociali connessi alla partecipazione pignorata, essa mostra che l'atto di re-intestazione della quota al fiduciante è attività tutt'altro che neutra al cospetto del creditore procedente e della effettività della sua tutela in executivis. In quest'ottica, quindi, la notifica alla fiduciaria del pignoramento dovrebbe servire, in primo luogo, a bloccare (recte: rendere inefficaci nei confronti del creditore procedente) anche simili attività che, nella dinamica del rapporto fiduciario, si incasellano a ben vedere come atti di adempimento delle obbligazioni che la fiduciaria ha assunto con il pactum fiduciae. Così come del resto la notifica della intimazione al

terzo pignorato *ex* art. 543, comma 2, n. 2, c.p.c. serve a bloccare (*recte*: rendere inopponibili) atti di adempimento del *debitor debitoris* nei confronti del debitore (49).

Insomma, la notifica alla società fiduciaria, che nell'ottica della Cassazione è sufficiente a rendere operativi gli effetti del pignoramento anche nei suoi confronti, ci sembra che comporti un coinvolgimento tale per cui la stessa sarà ad esempio titolare (se non, come dice la Cassazione, della legittimazione all'opposizione ex artt. 615 o 619 c.p.c., almeno) della legittimazione a proporre l'opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c.

Infine, una breve considerazione merita la seconda massima che ci è sembrato di poter estrarre dalla sentenza annotata. La Cassazione, individuate le forme da seguire per sottoporre a espropriazione forzata la quota intestata fiduciariamente, valuta come affetto da nullità il pignoramento eseguito nelle diverse forme del pignoramento presso terzi. Una nullità rilevabile anche di ufficio dal giudice dell'esecuzione (come era in effetti avvenuto, giacché il g. e. aveva dichiarato l'estinzione anticipata della procedura esecutiva dopo aver rilevato appunto la nullità del pignoramento eseguito nelle forme del presso terzi anziché in quelle di cui all'art. 2471 c.c.). Sembra potersi ricondurre questa nullità del pignoramento tra quelle che la giurisprudenza di legittimità spesso individua come nullità derivanti dal mancato rispetto delle forme di attuazione del vincolo esecutivo: si pensi, ad esempio, al pignoramento dei titoli di credito attuato nelle forme del pignoramento presso terzi anziché in quelle del pignoramento diretto ex art. 1997 c.c. (ai sensi del quale "il pegno, il sequestro, il pignoramento e ogni altro vincolo sul diritto menzionato in un titolo di credito o sulle merci da esso rappresentate non hanno effetto se non si attuano sul titolo") (50).

intestata dal patrimonio della società fiduciaria, guardasse a quest'ultima alla stregua di un terzo il cui bene formalmente intestato a suo nome sia assoggettato a una sorta di "garanzia" per i debiti del fiduciante.

(49) Secondo la classica impostazione di V. Colesanti, *Il terzo debitore nel pignoramento di crediti*, cit., 288 ss., spec. 294, il quale vede nella intimazione al terzo una opposizione al pagamento *ex* art. 2906, comma 2, c.c.

(50) In queste ipotesi la giurisprudenza ritiene nullo il pignoramento attuato nelle forme del presso terzi, giacché inidonee a vincolare efficacemente il bene (titolo di credito) che potrebbe continuare a circolare secondo la sua legge di circolazione, con il conseguente rischio per l'obbligato cambiario di essere esposto all'obbligo di un "doppio adempimento": nei confronti del creditore procedente, assegnatario del credito documentato dal titolo, e del suo portatore, legittimato a richiedere il pagamento in base alla legge di circolazione del titolo stesso (così, in particolare, Cass.

Civ. 20 febbraio 2007, n. 4653, in Mass. Giust. civ., 2007, 2, con la precisazione che, invece, il pignoramento va attuato nelle forme della espropriazione presso terzi qualora il titolo "sia in possesso di un terzo in forza di un rapporto che non gli attribuisca la titolarità del credito, ma solo la legittimazione ad esercitare per conto del titolare i diritti nascenti dal titolo, come accade nel caso di deposito di titoli in amministrazione ed in particolare in relazione ai titoli che, in base al D.lgs. 213/1998, sono assoggettati alla disciplina della dematerializzazione, (...) essendo il titolo una cosa del debitore posseduta dal terzo"). Peraltro, si segnala che non c'è unanimità di vedute nella medesima giurisprudenza sul regime del rilievo di simile nullità. In alcune pronunce più risalenti si è affermata la nullità radicale ed insanabile del pignoramento eseguito nelle forme inappropriate, rilevabile anche oltre il termine di decadenza previsto per la opposizione agli atti esecutivi (Cass. Civ. 22 ottobre 1963, n. 2799, in Foro it., 1964, I, 900; Cass. Civ. 7 aprile 1990, n. 2917, in Nuova giur. civ. comm., 1991, 1, 54 ss., con nota di

# Processo, arbitrato e mediazione Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l. Giurisprudenza

In particolare, la causa della nullità si annida a nostro avviso nella mancanza - che abbiamo già avuto modo di segnalare nel testo come il più grave ostacolo a una applicazione del procedimento di cui agli artt. 543 ss. c.p.c. alla fattispecie concreta - delle formalità dell'iscrizione del vincolo nel registro delle imprese e della notifica del pignoramento alla società partecipata.

#### Riflessioni conclusive

Nelle considerazioni che precedono si è cercato di dare conto delle molteplici questioni che la pronuncia della Cassazione suscita, nella misura in cui ha ritenuto di escludere l'applicabilità del pignoramento presso terzi alla fattispecie della quota di S.r.l. intestata fiduciariamente a una società che esercita l'attività fiduciaria ai sensi della L. n. 1966/1939.

In particolare, si è ritenuto di dubitare circa la totale ininfluenza della posizione giuridica della fiduciaria (che ci è parsa il presupposto logico e giuridico del ragionamento che porta la Suprema Corte a simile esclusione), tentando di offrire una lettura alternativa, fondata sulla possibile reciproca integrazione di disciplina tra il pignoramento presso terzi e la forma di pignoramento della quota ex art. 2471 c.c.; integrazione giustificata dalla circostanza per cui il bene-quota (per il quale esiste una peculiare sì, ma altrettanto lacunosa, disciplina delle modalità attuative del relativo pignoramento) si trova calato in un peculiare rapporto di diritto sostanziale, quale quello generato dalla stipula del pactum fiduciae.

Tuttavia, consapevoli delle difficoltà che la predetta soluzione porta con sé, si è comunque tentato di offrire un significato processuale alla evidente deviazione rispetto al procedimento attuativo di cui all'art. 2471 c.c. che la lettura della Corte determina: l'aggiunta di un adempimento (la notifica del pignoramento anche alla società fiduciaria, oltre che alla società partecipata) non previsto dalla fattispecie di cui all'art. 2471 c.c. Esso vale a coinvolgere, in una veste tutta peculiare e difficilmente inquadrabile nelle categorie processuali desumibili dal Libro III del codice di rito, la società fiduciaria nella espropriazione della quota del debitore-fiduciante. Coinvolgimento che, sul piano effettuale, ci sembra essenziale nell'ottica di garantire una tutela effettiva al creditore procedente.

Le oggettive difficoltà che si incontrano nel delineare le modalità di attuazione del pignoramento della quota di S.r.l. (dovute principalmente al fatto di essere una quota rappresentativa di un valore che si sostanzia nella partecipazione del suo titolare ad una organizzazione, e l'essere questa espressione altresì di molteplici diritti e poteri che su quel valore possono incidere significativamente) sono, nella fattispecie esaminata dalla Corte, elevate "al quadrato" dalla circostanza che il bene in questione è "affidato" dal socio-debitore a una società fiduciaria.

Non resta quindi che attendere la ricaduta di questo nuovo orientamento sulla giurisprudenza di merito, la quale si era solidamente - seppure sporadicamente - attestata su soluzioni opposte a quella elaborata dai giudici di legittimità nella sentenza qui annotata.

Cavallo, Questioni in tema di pignoramento di credito incorporato in titoli cambiari e di opposizione contro atti esecutivi radicalmente nulli, secondo cui addirittura la invalidità si propagherebbe financo alla ordinanza di assegnazione del credito, impugnabile pertanto ex art. 617 c.p.c.; Cass. Civ. 29 settembre 1997, n. 9549). In una pronuncia di legittimità, si è affermato, con una soluzione "intermedia", che il vizio sarebbe rilevabile, al più, fino all'udienza dinanzi al giudice per la dichiarazione del terzo (Cass. Civ. 24 marzo 1982, n. 1882, in Giust. civ., 1982, I, 2098). Infine, secondo un ulteriore filone giurisprudenziale, il vizio relativo alla errata forma del pignoramento dovrebbe essere fatto valere con l'opposizione agli atti esecutivi avverso il pignoramento, tempestivamente proposta (con decorrenza del termine per impugnare dalla notificazione del pignoramento): così Cass. Civ. 7 luglio 1993, n. 7394; Cass. Civ. 6 dicembre 2004, n. 22876; Cass. Civ. 5 aprile 2016, n. 6536, in Corr. giur., 2016, 7, 984 ss., con nota di V. De Carolis, Alcune considerazioni in tema di forma del pignoramento dei titoli di credito; Cass. Civ. 28 settembre 2020, n. 20338. In dottrina, sul tema, cfr. G. Tarzia, Problemi processuali in tema di titoli di credito, in G.L. Pellizzi (a cura di), I titoli di credito, Milano, 1980, 566 ss.; F. Briolini, I vincoli sui titoli di credito, Torino, 2002, 249 ss

# Osservatorio di giurisprudenza di legittimità

a cura di Romilda Giuffrè

#### INTERMEDIAZIONE MOBILIARE

OFFERTA AL PUBBLICO ED ESONERO DAL PROSPETTO

Cassazione Civile, Sez. II, 19 novembre 2024, n. 29736 - Pres. Falaschi - Rel. Guida - Consob c. S.

Società - Offerta al pubblico - Normativa di riferimento -Eccezioni - Esonero dal prospetto - Sanzioni - Esclusione

(Cod. civ. art. 2447 ss.; Reg. Emittenti Consob n. 11971/1999, art. 34)

Ai sensi dell'art. 34 del Reg. Emittenti, sono esonerate dall'obbligo di comunicazione e prospetto le offerte al pubblico di prodotti e strumenti finanziari rivolte ad un numero di soggetti inferiore a 150 oppure con corrispettivo totale inferiore a 5 milioni di euro, da considerare unitariamente se aventi ad oggetto il medesimo prodotto ed effettuate dal medesimo emittente od offerente nell'arco di 12 mesi. In particolare non si ha "identità di prodotto" se l'affare è diverso e specifico per ogni prodotto offerto (massima non ufficiale).

La Consob irroga all'amministratore unico di tre società di capitali una sanzione interdittiva (accessoria a quella pecuniaria irrogata alle società) per aver effettuato "raccolta di apporti di soggetti terzi per la partecipazione a patrimoni destinati costituiti dalle stesse società per la realizzazione di insediamenti di edilizia residenziale" in un Paese del Sudamerica. La Consob assumeva che l'oggetto della proposta negoziale, seppur condotta dalle tre società separatamente, faceva parte di un unico disegno unitario, qualificabile come operazione relativa ad un prodotto finanziario e quindi assoggettata alla relativa normativa.

La Corte d'Appello di Bologna, in accoglimento dell'opposizione, annulla la delibera Consob. Il ricorso per Cassazione proposto da quest'ultima viene rigettato, sulla base del suesteso principio di diritto. In particolare, i Giudici di legittimità rilevano la carenza sia del presupposto soggettivo (le tre società erano soggetti giuridicamente distinti, ciascuna con propria autonomia patrimoniale) che oggettivo (l'importo totale dell'operazione non raggiungeva il limite di legge), che temporale (le operazioni erano state effettuate nel corso di tre anni).

Non constano recenti precedenti in termini.

#### SOCIETÀ DI CAPITALI

FITTO DI AZIENDA E SFRATTO PER MOROSITÀ

Cassazione Civile, Sez. III, 13 novembre 2024, n. 29253 -Pres. Frasca - Rel. lannello - Box Burgers S.r.l. c. M. S.r.l.s. Società - Società di capitali - Sfratto per morosità - Applicabilità al contratto di fitto di (ramo di) azienda - Sussistenza -Fattispecie

(Cod. proc. civ. artt. 657, 658)

A seguito delle modifiche introdotte nell'art. 657 c.p.c. dal D.Lgs. n. 149/2022, il procedimento speciale di intimazione di sfratto per morosità di cui all'art. 658 c.p.c. è applicabile anche al contratto di affitto di azienda (o di ramo di azienda) che comprenda uno o più beni immobili (massima non ufficiale).

Nell'ambito di un giudizio per convalida di sfratto relativo ad un contratto di fitto di azienda, il Tribunale di Napoli, ai sensi dell'art. 363-bis c.p.c., rimette gli atti alla Suprema Corte per valutare "se la procedura sommaria per convalida di sfratto per morosità di cui all'articolo 658 cod. proc. civ. sia o meno applicabile al contratto di fitto di azienda ovvero al contratto di fitto di ramo di azienda". Ciò in quanto: 1) la L. n. 206/2021 ("Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata") aveva previsto l'estensione della procedura di convalida anche ai contratti di fitto d'azienda; 2) l'art. 3, comma 46, D.Lgs. n. 149/2022 (c.d. "Riforma Cartabia") aveva modificato l'art. 657 c.p.c., ma lasciando immutato il comma 2 e l'art. 658 c.p.c.; 3) la relazione illustrativa prevedeva invece esplicitamente l'estensione. A fronte di un ondivago atteggiamento di dottrina e giurisprudenza di merito, la terza Sezione della Corte di cassazione, designata dal Presidente, enuncia il suesteso principio nomofilattico.

Non constano recenti precedenti in termini o contrari. Si badi che, come puntualmente segnalato in sentenza, il D.Lgs. n. 164/2024 ha comunque modificato espressamente l'art. 658 c.p.c. con l'inserimento del fitto di azienda.

RESPONSABILITÀ DEI SINDACI

Cassazione Civile, Sez. I, 28 ottobre 2024, n. 27789 - Pres. Terrusi - Rel. Catallozzi - R. c. Fallimento Carmel Magazzini S.r.l.

Società - Società di capitali - Sindaci - Responsabilità - Fattispecie

(Cod. civ. artt. 2407, 2409, 2697, 2729)

Il sistema di diritto societario configura in capo ai sindaci una responsabilità per fatto proprio omissivo, da correlarsi alla condotta degli amministratori; i doveri di controllo imposti ai sindaci sono contraddistinti da una

particolare ampiezza, poiché si estendono a tutta l'attività sociale, in funzione della tutela e dell'interesse dei soci e di quello, concorrente, dei creditori sociali; ne consegue che, al fine dell'affermazione della responsabilità dei sindaci, non occorre l'individuazione di specifici comportamenti dei medesimi, ma è sufficiente che questi non abbiano rilevato una macroscopica violazione o non abbiano in alcun modo reagito di fronte ad atti di dubbia legittimità, omettendo di porre in essere gli atti necessari all'assolvimento dell'incarico con diligenza, correttezza e buona fede (massima non ufficiale).

Il Tribunale di Firenze condanna il sindaco di una S.r.l. a socio unico (coincidente con l'amministratore) al risarcimento dei danni causati alla società ed ai creditori sociali dalla sua condotta "disinvolta", ravvisata nella "mancata adozione di iniziative conseguenti alle irregolarità gestorie poste in essere dall'amministratore". La Corte territoriale, conferma la decisione. La Cassazione, dopo aver rigettato i motivi di ricorso attinenti alla presunta rassegnazione delle dimissioni da parte del sindaco, dichiara il ricorso di quest'ultimo inammissibile, poiché tendente ad ottenere una rivalutazione del merito delle risultanze probatorie, enunciando il suesteso principio di diritto.

Giurisprudenza pacifica: cfr., ex multis, Cass. Civ. n. 32397/2019.

PATTO LEONINO E PATTO PARASOCIALE

Cassazione Civile, Sez. I, 22 ottobre 2024, n. 27283 - Pres. Terrusi - Rel. Fraulini - Euroclass Multimedia s.a. c. J.a.z. Investment Group S.r.I. ed altri

Società - Società di capitali - Patto parasociale - Validità

(Cod. civ. art. 2341-bis)

Con l'espressione "patto parasociale" si intende quell'accordo contrattuale che intercorre fra più soggetti (di norma due o più soci, ma anche tra soci e terzi), finalizzato a regolamentare il comportamento futuro che dovrà essere osservato durante la vita della società o, comunque, in occasione dell'esercizio di taluni diritti derivanti dalle partecipazioni detenute. Il patto parasociale trova, quindi, il proprio elemento qualificante nella distinzione rispetto al contratto di società e allo statuto della medesima, in quanto realizza una convenzione con cui i soci attuano un regolamento complementare a quello sancito nell'atto costitutivo e poi nello statuto della società, al fine di tutelare più proficuamente i propri interessi. La validità di queste pattuizioni può dirsi in linea di principio assodata ed emerge, in modo ormai diretto, dalla previsione normativa dell'art. 2341-bis c.c., introdotto dalla Riforma del diritto societario del 2003, che prevede che non possano avere una durata superiore a 5 anni - salvo rinnovo - quei patti che "al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società: a) hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società per azioni o nelle società che le controllano; b) pongono limiti al trasferimento delle relative azioni o delle partecipazioni in società che le controllano; c) hanno per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società". Anche un patto di opzione c.d. "put", per effetto del quale l'acquirente acquista il diritto, ma non l'obbligo, di vendere un determinato bene a un prezzo specifico, è qualificabile nell'ambito dei patti parasociali, se ha come obiettivo finale quello di stabilizzare l'assetto della partecipazione di uno degli stipulanti nel capitale della società (massima non ufficiale).

Società - Società di capitali - Patto leonino - Configurabilità -Limiti

(Cod. civ. art. 2265)

Il cosiddetto patto leonino, vietato ai sensi dell'art. 2265 c. c., presuppone la previsione della esclusione totale e costante del socio dalla partecipazione al rischio d'impresa o dagli utili, ovvero da entrambi. Esulano, pertanto, da tale divieto le clausole che contemplino la partecipazione agli utili e alle perdite in una misura diversa dalla entità della partecipazione sociale del singolo socio, sia che si esprimano in misura difforme da quella inerente ai poteri amministrativi, sia che condizionino in alternativa la partecipazione o la non partecipazione agli utili o alle perdite al verificarsi di determinati eventi giuridicamente rilevanti (massima non ufficiale).

Società - Società di capitali - Patto parasociale - Contratto di Opzione put - Fattispecie

(Cod. civ. artt. 2265, 2341-bis)

È lecito e meritevole di tutela l'accordo negoziale concluso tra i soci di una società azionaria, con il quale l'uno, in occasione del finanziamento partecipativo così operato, si obblighi a manlevare l'altro dalle eventuali conseguenze negative del conferimento effettuato in società, mediante l'attribuzione del diritto di vendita (c.d. "put") entro un termine dato ed il corrispondente obbligo di acquisto della partecipazione sociale a prezzo predeterminato, pari a quello dell'acquisto, pur con l'aggiunta di interessi sull'importo dovuto e del rimborso dei versamenti operati nelle more in favore della società (massima non ufficiale).

Il Tribunale e la Corte d'Appello di Roma, in accoglimento della domanda di una S.r.l., condannano una società a pagare una consistente somma in adempimento delle obbligazioni contenute in una scrittura privata avente ad oggetto una permuta azionaria, rigettando la richiesta di declaratoria di nullità della scrittura stessa per violazione del patto leonino e qualificando il contratto come *opzione put*. La Cassazione, nel riportarsi ad alcuni recenti precedenti, ritiene l'opzione in parola assimilabile ad un patto parasociale del tutto valido ed efficace; rigetta, pertanto, il ricorso, enunciando i suestesi principi di diritto.

Cfr., di recente in termini, Cass. Civ. n. 22375/2023. Si vedano anche Cass. Civ. n. 642/2000 e Cass. Civ. n. 763/2018.

#### SOCIETÀ DI PERSONE

Criteri per la concessione del beneficio dell'esdebitazione

Cassazione Civile, Sez. I, 24 ottobre 2024, n. 27565 - Pres. Cristiano - Rel. Fidanzia - R. c. I.N.P.S. ed altri

Società - Società di persone - Beneficio dell'esdebitazione - Fattispecie

(Legge fallimentare art. 142)

Nella prospettiva dell'esdebitazione, al fine di valutare la significatività del pagamento effettuato ai creditori, l'accertamento della natura "affatto irrisoria" non può e non deve ridursi alla registrazione del dato percentuale del soddisfacimento dei creditori, ma deve abbracciare e discernere, anche comparativamente, tutte le peculiarità e le proporzionalità della singola procedura, secondo un'interpretazione che sia per un verso rispettosa di quel favor esplicitato dal legislatore (dapprima interno e poi unionale) e per altro verso costituzionalmente e unionalmente orientata (massima non ufficiale).

La Corte d'Appello di Ancona rigetta il reclamo presentato dalla socia accomandataria, al 50%, di una S.a.s. dichiarata

fallita (e quindi anch'essa fallita per ripercussione) avverso il provvedimento che aveva rigettato la sua istanza di esdebitazione proposta dopo la chiusura della procedura: secondo la Corte, difettavano sia il requisito oggettivo di cui all'art. 142, comma 2, l.fall., sia quello soggettivo di cui al primo comma, numero 5, del medesimo articolo. La Cassazione cassa con rinvio, evidenziando che erroneamente i Giudici di merito avevano escluso la meritevolezza dell'accomandataria per condotte ritenute "opache", non considerando che ella era socia solo al 50% ed operando quindi valutazioni non corrette. Sul requisito oggettivo dell'esdebitazione, la Suprema Corte enuncia il suesteso principio di diritto. In termini, da ultime, Cass. Civ. n. 19893/2024 e Cass. Civ. n. 15155/2024. Si vedano anche Cass. Civ. n. 27562/2024 e Cass. Civ. n. 27564/2024.



Luca Avvocato d'Affari

# MATERIA

One LEGALE
presenta Experta Società

Un patrimonio di strumenti operativi, realizzato con il contributo dei migliori esperti. Una soluzione di straordinaria completezza ed efficacia: guide pratiche, check list, procedure operative, quesiti, news, codici commentati, formule, riviste e molto altro.

Da oggi, avere soluzioni immediate ad ogni problema è una certezza.

Scopri di più su info.onelegale.it

One Legale fa grande la differenza

# Osservatorio di giurisprudenza di merito

a cura di Martino Andreoni e Alessandra Stabilini

#### SOCIETÀ PER AZIONI

DENUNCIA EX ART. 2409 C.C.

Tribunale di Brescia, Sez. impr., 23 ottobre 2024 (decr.) - Pres. R. Del Porto - Giudice C. Bianchetti - Giudice rel. A. Castellani - A. c. B., anche nei confronti del Collegio Sindacale nonché di PS. S.p.a.

Società di capitali - Società per azioni - Gravi irregolarità nella gestione - Denuncia al tribunale - Presupposti - Potenzialità del danno - Interesse protetto - Pregiudizio per il patrimonio e l'attività sociale

(Cod. civ. art. 2409)

Il procedimento ex art. 2409 c.c. ha la finalità di consentire, tramite l'intervento dell'autorità giudiziaria, il ripristino della legalità e della regolarità nella gestione, violate da condotte degli amministratori gravemente contrastanti con i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. L'introduzione del requisito della potenzialità del danno ha trasformato il procedimento in oggetto da presidio finalizzato a perseguire la regolarità e la correttezza della gestione sociale a strumento volto a interrompere comportamenti di mala gestio in atto, idonei a costituire, se non disattivati, fonte di danno per la società. Il legislatore ha intesto spostare l'interesse protetto da quello generale al corretto funzionamento della società a quello, proprio dell'ente e dei suoi soci, di non vedere compiuti dall'organo gestorio comportamenti idonei ad esporre a un pregiudizio il patrimonio e l'attività sociale.

Società di capitali - Società per azioni - Denuncia al tribunale - Requisito - Potenzialità del danno - Azione lesiva in atto - Natura latu sensu cautelare

(Cod. civ. art. 2409)

Il presupposto della potenzialità del danno, previsto dall'art. 2409 c.c., comporta che l'intervento giudiziario non possa ritenersi ammissibile allorquando l'azione lesiva abbia esaurito i propri effetti in assenza di elementi tali da far ipotizzare una verosimile reiterazione delle violazioni. La natura - latu sensu cautelare - dello strumento di cui all'art. 2409 c.c. impedisce che il rimedio sia fondatamente diretto a censurare fatti remoti e/o comunque radicalmente privi di potenzialità lesiva.

Società di capitali - Società per azioni - Denuncia al tribunale - Requisito - Controversie tra soci - Controversie tra soci e amministratori

(Cod. civ. art. 2409)

La denuncia *ex* art. 2409 c.c. non è strumento mediante il quale dirimere le controversie tra soci o tra soci e amministratori.

Società di capitali - Società per azioni - Denuncia al tribunale - Adeguatezza degli assetti - Strumenti previsionali -Business judgment rule - Discrezionalità - Sindacato giurisdizionale

(Cod. civ. artt. 2381, 2409)

L'adozione di strumenti previsionali ulteriori e più efficaci, nell'ipotesi in cui quelli esistenti siano comunque adeguati, inerendo alla *business judgment rule*, appare strettamente connotata da discrezionalità e, quindi, estranea all'area del sindacato giudiziale.

La società A., in qualità di socia titolare di azioni rappresentative del 49% del capitale sociale di PS. S.p.a., società familiare, ha adito il Tribunale di Brescia, ai sensi dell'art. 2409 c.c., denunciando il difetto di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'attività di impresa, palesando l'urgente necessità dell'intervento del Tribunale cui ha chiesto, previa nomina di un curatore speciale ex art. 78 c.p.c. e sentiti in camera di consiglio l'amministratore unico e il collegio sindacale, disposta l'eventuale ispezione dell'amministrazione della società, di emettere tutti i provvedimenti ritenuti necessari per fare sì che la società adotti un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e, tra gli altri provvedimenti, disponga la convocazione dell'assemblea per la revoca dell'amministratore unico B. e la nomina di un nuovo organo amministrativo, con riserva di nomina di un amministratore giudiziale ai sensi dell'art. 2409, comma 4, c.c., nel caso in cui in un idoneo termine non fosse nominato un nuovo organo amministrativo.

La socia ricorrente A. ha, tra l'altro, allegato l'assunzione da parte dell'amministratore unico B. di decisioni manifestamente contrarie all'interesse sociale, che disvelerebbero l'incapacità strutturale dello stesso amministratore unico di assumere il ruolo gestorio, rappresentando altresì che lo stesso avrebbe intrapreso una vera e propria campagna persecutoria nei confronti della ricorrente.

L'amministratore unico B., il collegio sindacale e la società PS., in persona del curatore speciale nominato nelle more, si sono costituiti in giudizio chiedente il rigetto del ricorso per carenza dei presupposti.

Nel provvedimento si dà conto che la compagine sociale è costituita da tre soci, l'uno, il socio fondatore, titolare del 2% del capitale sociale, la ricorrente A. e un'altra società titolari, ciascuna, del 49% (risulterebbe che tali società siano controllate rispettivamente dai due figli del fondatore, uno dei quali sarebbe l'attuale amministratore unico). Risulta

altresì che, fino a tempi recenti, la società fosse amministrata da un consiglio di amministrazione e che, per effetto del voto del socio fondatore e della società riconducibile all'amministratore unico, sia stato poi adottato un organo monocratico.

La ricorrente, come anticipato, ha allegato che la crescita dimensionale della società nel corso degli anni (anche grazie agli incentivi statali riconosciuti nel settore) non sarebbe stata accompagnata da una adequata modifica della governance, situazione che avrebbe negativamente influito sugli assetti organizzativi della società medesima, che oggi non sarebbero più adeguati alle dimensioni dell'impresa e che la cessazione degli effetti degli incentivi avrebbe comportato un notevole decremento nel fatturato. In particolare, l'inadeguatezza degli assetti sarebbe riscontrabile: (a) nella mancanza di un budget previsionale delle vendite e di un piano industriale; (b) nella mancanza di una rete commerciale strutturata e organizzata; (c) nell'inesistenza di un responsabile commerciale e di figure professionali dedite alle vendite all'estero; (d) nell'inadeguato controllo di gestione; (e) nell'assenza di un sistema informativo interno alla società per coordinare le varie attività e fasi; e (f) nell'inattendibilità dei dati del budget di tesoreria.

Sul piano organizzativo, la ricorrente ha, inoltre, lamentato l'eccessiva concentrazione di mansioni in capo a singole persone nonché l'"assoluto governo" società da parte dell'amministratore unico, che gli avrebbe consentito di assumere decisioni "dissennate" La ricorrente ha poi dato conto dei contrasti e delle rivalità personali da tempo esistenti tra i fratelli, che avrebbero comportato l'estromissione dall'amministrazione di uno dei due - il socio della ricorrente - e la compagna "persecutoria" adottata dall'amministratore unico nei confronti del fratello estromesso (e dei suoi figli).

Il Tribunale rammenta anzitutto che il procedimento exart. 2409 c.c. ha la finalità di consentire, tramite l'intervento dell'autorità giudiziaria, il ripristino della legalità e della regolarità nella gestione, violate da condotte degli amministratori gravemente contrastanti con i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. I Giudici proseguono osservando come l'oggetto della denuncia è il 'fondato sospetto" di "gravi irregolarità nella gestione", purché attuali e idonee a porre in pericolo il patrimonio sociale o a procurare grave turbamento all'attività della società.

Il Tribunale rileva altresì che l'istituto in questione è privo del carattere sanzionatorio e allo stesso non si addicono valutazioni a posteriori tipiche delle azioni di responsabilità. Proprio il presupposto della potenzialità del danno, ad avviso dei Giudici, comporta che l'intervento giudiziario non possa ritenersi ammissibile allorguando l'azione lesiva abbia esaurito i propri effetti in assenza di elementi tali da far ipotizzare una verosimile reiterazione delle

Al riguardo, il Tribunale, richiamando alcuni suoi precedenti, osserva che l'espressa introduzione del requisito in esame, ponendo fine al dibattito sul punto sviluppatosi sotto il vigore della disciplina previgente, ha trasformato il procedimento in oggetto da presidio finalizzato a perseguire la regolarità e correttezza della gestione sociale a strumento volto a interrompere comportamenti di mala gestio in atto, idonei a costituire, se non disattivati, fonte di danno per la società. Così facendo - osservano i Giudici - il legislatore ha inteso spostare l'interesse protetto da quello generale (corretto funzionamento della società) a quello, proprio dell'ente e dei suoi soci (non vedere compiuti dall'organo gestorio comportamenti idonei ad esporre ad un pregiudizio il patrimonio e l'attività sociale). Tale natura - *latu sensu* cautelare - dello strumento *ex* art. 2409 c.c. (apprestato per una pronta reazione a gravi irregolarità idonee ad arrecare al patrimonio sociale un concreto pregiudizio) impedisce, secondo i Giudici, che il rimedio sia fondatamente diretto a censurare fatti remoti e/o comunque radicalmente privi di potenzialità lesiva. Alla luce di tali principi, il Tribunale ritiene che la fattispe-

cie concreta oggetto del procedimento sia distante da quella legale e dai suoi presupposti.

I Giudici osservano anzitutto che in seno alla società si stia consumando un contrasto tra soci, che concerne anche l'ambito familiare e il tema del passaggio generazionale, nel quale lo stallo decisionale è evitato unicamente grazie alla decisiva partecipazione di minoranza del socio fondatore. Sul punto, il Tribunale chiarisce come la denuncia ex art. 2409 c.c. non sia tuttavia strumento mediante il quale dirimere le controversie tra soci o tra soci e amministratori, con la conseguenza che nel procedimento non può essere attribuita alcuna rilevanza agli accadimenti e alle vicende personali dei soci.

Quanto al merito delle censure, i Giudici osservano in primo luogo che la denuncia è pervenuta solo due mesi dopo l'assunzione della carica dell'amministratore unico, all'evidenza incompatibile con la realistica possibilità di mutare assetti consolidati da oltre un trentennio e mai prima censurati dalla ricorrente.

Il Tribunale osserva poi come la formula adottata dal legislatore in tema di adeguatezza degli assetti è volutamente elastica, dovendo adattarsi alla specifica natura della realtà aziendale oggetto di valutazione e che la censura di inadeguatezza non può mai spingersi sino a sindacare scelte di merito che non si appalesino tali da impedire l'agire razionale e informato da parte dell'amministratore. Anche sulla base dei rilievi del curatore speciale della società, nominato per il procedimento, il Tribunale ritiene che le doglianze non siano fondate. In primo luogo, quella inerente la carenza di strumenti previsionali delle vendite e dell'attività industriale, ad avviso dei Giudici è inconferente rispetto alla peculiare realtà produttiva della società. In secondo luogo, il Tribunale osserva come la predisposizione di ulteriori e, in thesi, più efficaci strumenti previsionali, ferma la ragionevolezza di quelli esistenti, inerendo la business judgment rule, appare strettamente connotata da discrezionalità e, quindi, estranea all'area del sindacato giudiziale.

In terzo luogo, i Giudici osservano che anche le doglianze in tema di organizzazione, di strategie commerciali, di controllo di gestione e di attività contabile di pianificazione, di budget di tesoreria nonché di sistemi informatici, anche sulla base dei rilievi dell'amministratore unico, del collegio sindacale e del curatore speciale, siano infondate. Il Tribunale reputa poi che non siano stati offerti elementi, anche solo minimi, idonei a far sospettare di gravi irregolarità gestorie in tema di assetti organizzativi, amministrativi e contabili, tali da suggerire l'opportunità di una ispezione che, allo stato degli atti, sarebbe stata del tutto esplorativa.

I Giudici, infine, trattano il tema della situazione economico-finanziaria, rilevando che la flessione dei risultati produttivi registrata dalla società nel precedente esercizio e la permanenza di rallentamenti nell'acquisizione di nuovi ordini, non paiono rilevare un rischio di perdita della continuità aziendale o anche solo di prospettive negative future derivante da gravi irregolarità gestorie insite nella carenza di adeguati assetti societari, a

conferma, ad avviso del Tribunale, di un'iniziativa strumentali a fini eterogenei rispetto a quelli previsti dal legislatore.

Il Tribunale, pertanto, rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite a favore delle altre parti.

In senso conforme alla prima massima si veda Trib. Brescia 21 gennaio 2020 (decr.) in *Osservatorio Unibs*.

In senso conforme alla seconda massima si veda Trib. Brescia 24 novembre 2023 (Decr.) in Osservatorio Unibs. In senso conforma alla prima, alla seconda, alla terza e alla quarta massima si vedano Trib. Milano 10 luglio 2024; Trib. Venezia 11 gennaio 2024; Trib. Napoli 16 giugno 2021 e Trib. Roma 15 settembre 2020, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

In senso sostanzialmente conforme alla quinta massima si vedano Trib. Venezia 11 gennaio 2024 e Trib. Napoli 16 giugno 2021, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

#### **A**RBITRATO SOCIETARIO

REVOCA DELL'AMMINISTRATORE, DIRITTO DI CONTROLLO DEL SOCIO E ARBITRATO

Tribunale di Venezia 11 novembre 2024 - Giudice F. Doro - A. c. S.r.l.

Società di capitali - Società a responsabilità limitata - Clausola compromissoria - Arbitrato amministrato - Rinvio al regolamento precostituito - Rinvio mobile - Regolamento vigente al momento della stipulazione della clausola compromissoria - Regolamento vigente al momento dell'introduzione del procedimento - Modifiche

(Cod. proc. civ. art. 832)

Il rinvio al regolamento arbitrale precostituito (vale a dire a un arbitrato amministrato), contenuto nella clausola statutaria, deve essere inteso, ai sensi dell'art. 832 c.p. c., salvo diversa volontà delle parti, come mobile, vale a dire al testo del regolamento dell'istituzione arbitrale in vigore al momento dell'introduzione del procedimento arbitrale, e ciò a prescindere dal fatto che tale testo possa essere diverso da quello vigente al momento della stipulazione della clausola arbitrale. Ai sensi dell'art. 832, comma 3, c.p.c., la volontà delle parti di rinviare alla formulazione del regolamento arbitrale vigente al momento dell'introduzione della clausola arbitrale e di escludere la rilevanza di eventuali modifiche che sarebbero state successivamente apportate, deve essere manifestata in modo chiaro.

Società di capitali - Società a responsabilità limitata - Diritti di controllo del socio - Revoca dell'amministratore - Diritti disponibili - Diritti indisponibili - Arbitrato

(Cod. civ. art. 2476; cod. proc. civ. art. 806)

Il diritto dei soci al controllo della documentazione sociale non può essere compresso dalla volontà delle parti, se non *in melius*, e dunque deve ritenersi indisponibile; di conseguenza, le relative controversie non possono essere considerate arbitrabili, diversamente dalla revoca dell'amministratore, che attiene a diritti disponibili. Società di capitali - Società a responsabilità limitata - Diritto di controllo del socio - Limiti - Società controllante - Società controllata - Differenziazione soggettiva

(Cod. civ. art. 2476)

Il diritto di ispezione del socio non può estendersi ad ogni informazione delle controllate, ma soltanto a informazioni e a documenti specificamente individuati e nei limiti in cui questi siano nella disponibilità della società controllante. Diversamente opinando, infatti, verrebbe meno la differenziazione soggettiva tra la controllante e la controllata e ai soci della controllante verrebbero garantite delle prerogative analoghe a quelle dei soci della controllata, nonostante possano essere privi di tale qualità.

Il ricorrente ha adito il Tribunale di Venezia, esponendo, tra l'altro:

- di essere socio al 50% e amministratore con deleghe della S.r.l., mentre l'altro socio al 50% è presidente del consiglio di amministrazione;
- che a ciascuno dei due amministratori sono stati attribuiti poteri disgiunti per l'ordinaria amministrazione e congiunti per la straordinaria amministrazione;
- che la S.r.l. è proprietaria del 100% del capitale sociale di una società di diritto svizzero;
- di avere richiesto al presidente del consiglio di amministrazione documenti e notizie circa la società controllata, anche per approfondire i rapporti di debito/credito tra le due società, e che le informazioni erano state fornite in modo parziale e incompleto;
- che le omissioni informative avevano impedito l'approvazione del progetto di bilancio della S.r.l.;
- che il presidente del consiglio di amministrazione aveva approvato il bilancio della controllata, con delibera invalida perché adottata in assenza di una preventiva delibera dell'organo amministrativo della controllante e per conflitto di interessi, posto che lo stesso aveva votato anche un ampio scarico di responsabilità quale amministratore unico della controllata e il suo rinnovo nella carica;
- che un finanziamento tra le due società non era stato contabilizzato correttamente:
- che la partecipazione nella controllata non era stata svalutata, nonostante la stessa avesse patrimonio netto negativo e un'eccedenza del debito, come rilevato dalla società di revisione;
- che il presidente del consiglio di amministrazione si era rifiutato di fornire all'altro amministratore e socio la documentazione richiesta, che lo stesso presidente non aveva convocato il consiglio di amministrazione per discutere e deliberare sui rapporti tra le due società e che non metteva a disposizione la documentazione sociale della S.r.l.;
- che il presidente del consiglio di amministrazione avrebbe dovuto essere revocato dalla carica, in considerazione delle gravi irregolarità gestorie compiute, consistite nell'impedito controllo, nella mancata convocazione dell'organo amministrativo, nella condotta tenuto nell'assemblea della controllata, nella redazione del progetto di bilancio della S.r.l. in violazione dei principi contabili e nell'avvio di un procedimento disciplinare nei confronti di un dipendente.

Il ricorrente chiedeva al Tribunale, previa nomina di un curatore speciale *ex* art. 78, comma 2, c.p.c., che rappresentasse la S.r.l., di disporre la revoca del presidente del consiglio di amministrazione, di ordinare alla S.r.l. medesima l'adozione delle misure urgenti che risultino maggiormente idonee ad anticipare gli effetti della sentenza di merito e, in particolare, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., di

ordinare l'immediata messa a disposizione del ricorrente di una serie di documenti, anche della controllata, tra cui: estratti di tutti i conti correnti; l'elenco dei creditori, con l'indicazione dei relativi crediti; le fatture degli ultimi tre esercizi; i conti dei salari e degli stipendi; i mastrini contabili; il registro vendite; il registro IVA acquisti; il libro giornale; i cedolini paga; gli estratti conto delle carte di credito della società; le fatture di vendita; le fatture di acquisto.

Il curatore speciale, nelle more nominato, si è costituito in giudizio, chiedendo il rigetto del ricorso e deducendo, tra l'altro,

- che il ricorrente chiedeva una notevole mole di documentazione che si riferiva a una società controllata e che non era nella disponibilità della S.r.l.;
- la S.r.l., quale socia della controllata, non poteva nemmeno accedere alla complessa ed estesa documentazione richiesta dal ricorrente, posto che l'art. 697a della Legge federale di complemento al Codice civile svizzero prevede che l'azionista abbia diritto di consultare soltanto i libri e gli atti della società e non la generalità della contabilità e soltanto "nella misura in cui sia necessaria per l'esercizio dei diritti dell'azionista", ossia affinché possa essere esercitato in maniera informata il diritto di voto in assemblea; il diritto di ispezione non poteva essere esteso a tutta la documentazione della controllata;
- il ricorrente disponeva di tutta la documentazione necessaria per eseguire tutte le valutazioni di bilancio attinenti alla necessità di svalutare la partecipazione, il credito da finanziamento soci e il credito commerciale;
- la domanda di revoca del Presidente dalla qualità di amministratore non era meritevole di accoglimento perché non era stata allegata l'esistenza di alcun danno attuale e vi sarebbe stato il concreto rischio di blocco dell'operatività della società, giacché il ricorrente avrebbe dovuto convocare l'assemblea per la sostituzione della resistente e, data la litigiosità delle parti, difficilmente sarebbe stato trovato l'accordo sulla figura del sostituto; in ogni caso nessuno degli addebiti era fondato.
- Si costituiva anche il Presidente del Consiglio, deducendo, tra l'altro, che nessuna delle contestazioni era fondata e:
   di avere assecondato tutte le richieste di copia dei documenti e di avere più volte sollecitato il ricorrente a un confronto sul tema della controllata;
- che il ricorrente, in qualità di amministratore con poteri disgiunti, avrebbe potuto esercitare i poteri informativi spettanti anche al Presidente del Consiglio, aveva libero accesso alla documentazione richiesta e comunque avrebbe potuto andare a recuperarla presso la sede sia pure alle condizioni previste dalla legge svizzera;
- che il ricorrente non aveva esercitato tali prerogative né impugnato le delibere di approvazione dei bilanci;
- di non avere alcun conflitto di interessi, posto che gli interessi della controllante e della controllata non erano confliggenti;
- che i bilanci della controllata erano stati positivamente scrutinati dal revisore nonché dalle autorità svizzere, che non avevano rilevato elementi di irregolarità;
- che i progetti di bilancio della controllante erano scevri da irregolarità;
- che non sussisteva il periculum in mora, in quanto il ricorrente non aveva allegato alcun pregiudizio imminente e irreparabile e comunque poteva autonomamente procurarsi la documentazione richiesta;
- che il ricorso era inammissibile per difetto del requisito di sussidiarietà, esistendo i rimedi tipizzati dell'art. 2409 c.c. per quanto riguardava la revoca dell'amministratore e del decreto ingiuntivo per la consegna dei documenti sociali

nonché per carenza di interesse, poiché il ricorrente, quale amministratore della S.r.l., poteva procurarsi autonomamente la documentazione oggetto della sua istanza cautelare;

- il ricorso era in ogni caso infondato perché il ricorrente, oltre a poter procurarsi autonomamente la documentazione della controllata, gestiva le condizioni dei rapporti con la medesima (tempi e modi delle forniture, prezzi di acquisto e vendita, rapporti con il personale dipendente), aveva ricevuto tutte le informazioni richieste e desiderava esclusivamente ostacolare la gestione delle due società. Il Presidente del Consiglio, inoltre, eccepiva che la controversia avrebbe dovuto essere devoluta agli arbitri ai sensi dell'art. 35 dello statuto, che rinviava al Regolamento dell'istituzione arbitrale "Curia Mercatorum" e dunque della Camera Arbitrale di Milano, che prevedeva il potere degli arbitri di adottare le misure cautelari.

Quanto all'eccezione di compromesso, il Tribunale osserva lo Statuto della S.r.l. prevede che "Tutte le controversie, salvo le limitazioni di legge, tra i soci, tra i soci e la società (nonché quelle promosse da e nei confronti di amministratori e liquidatori), comunque relative al rapporto sociale saranno risolte in via definitiva in conformità al Regolamento di Mediazione/Arbitrato di Curia Mercatorum. Il collegio arbitrale sarà integralmente nominato dalla Corte per la Risoluzione delle Controversie di Curia Mercatorum". Al riguardo, il Giudice rileva come il rinvio al Regolamento della Curia Mercatorum a partire dal 1° gennaio 2023 deve essere inteso come effettuato al Regolamento della Camera Arbitrale di Milano, in forza di previsione nel regolamento della Curia Mercatorum. L'art. 26 del Regolamento della Camera Arbitrale di Milano, dedicato alle "Misure cautelari o provvisorie" prevede che "1. Salvo diverso accordo delle parti, il Tribunale Arbitrale, su domanda di parte, ha il potere di adottare tutti i provvedimenti cautelari, urgenti e provvisori, anche di contenuto anticipatorio, che non siano vietati da norme inderogabili applicabili al procedimento. 2. Su istanza della parte ricorrente, il Tribunale Arbitrale può pronunciare l'ordinanza senza sentire l'altra parte se dalla sua convocazione può derivare grave pregiudizio alle ragioni dell'istante. In tal caso, il Tribunale Arbitrale, con il provvedimento che accoglie l'istanza, fissa nei successivi 10 giorni l'udienza per la discussione delle parti e gli eventuali termini per il deposito di memorie. Il Tribunale 10 Arbitrale, all'udienza o comunque entro i successivi 5 giorni, nel contraddittorio delle parti, con ordinanza conferma, modifica o revoca il provvedimento già concesso. 3. Il Tribunale Arbitrale può subordinare la concessione di tali provvedimenti a idonea garanzia della parte istante. 4. L'eventuale proposizione di una domanda cautelare dinanzi alla competente autorità giudiziaria non comporta rinuncia agli effetti della convenzione arbitrale né alla domanda di arbitrato eventualmente proposta".

Il Tribunale osserva inoltre che la previsione è in linea con l'art. 818 c.p.c., il quale, a seguito delle modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 149/2022, prevede che "1. Le parti, anche mediante rinvio a regolamenti arbitrali, possono attribuire agli arbitri il potere di concedere misure cautelari con la convenzione di arbitrato o con atto scritto anteriore all'instaurazione del giudizio arbitrale. La competenza cautelare attribuita agli arbitri è esclusiva. 2. Prima dell'accettazione dell'arbitro unico o della costituzione del collegio arbitrale, la domanda cautelare si propone al giudice competente ai sensi dell'articolo 669-quinquies". Tale disposizione, nella formulazione appena riportata, è applicabile al procedimento, in quanto introdotto successivamente al 28 febbraio 2023.

Il ricorrente ha contestato la fondatezza dell'eccezione di arbitrato, sostenendo che competenza cautelare degli arbitri non sussisterebbe con riferimento alla controversia in esame, in quanto occorrerebbe far riferimento alla formulazione del Regolamento della Curia Mercatorum in vigore al momento dell'introduzione della clausola arbitrale, ossia nel 2014, il quale - in linea con la previgente disciplina processualcivilistica - non prevedeva la competenza cautelare degli arbitri. Nella prospettazione del ricorrente, dunque, il richiamo al Regolamento della Curia Mercatorum dovrebbe essere inteso come un rinvio c.d. fisso al contenuto del medesimo e non come un rinvio c.d. mobile.

Il Tribunale osserva sul punto che la clausola statutaria in esame rinvia ad un "regolamento arbitrale precostituto" e dunque prevede un c.d. arbitrato amministrato, con conseguente applicazione dell'art. 832 c.p.c., il quale al comma 3 prevede che "Se le parti non hanno diversamente convenuto, si applica il regolamento in vigore al momento in cui il procedimento arbitrale ha inizio". Da tale disposizione, continua il Giudice, si ricava che il rinvio al regolamento arbitrale deve essere normalmente - ossia "salvo diversa volontà delle parti" - inteso come mobile, ossia al testo del regolamento in vigore al momento dell'introduzione del procedimento arbitrale, e ciò a prescindere dal fatto che tale testo possa essere diverso da quello vigente al momento della stipulazione della clausola arbitrale.

Ad avviso del Tribunale, rinviando al Regolamento della *Curia Mercatorum*, le parti avevano implicitamente accettato che potessero trovare applicazione anche le modifiche che sarebbero state successivamente apportate, non essendovi stata l'espressione di una chiara volontà di rinviare alla formulazione del regolamento vigente al momento dell'introduzione della clausola arbitrale e di escludere la rilevanza di eventuali modifiche che sarebbero state successivamente apportate, la quale invece sarebbe stata necessaria ai sensi di quanto chiaramente previsto dall'art. 832, comma 3, c.p.c.

Ne consegue pertanto, secondo il Giudice, che l'eccezione di compromesso merita accoglimento, non essendo state specificamente dedotte dal ricorrente ragioni di urgenza che giustifichino la necessità di ricorrere al giudice ordinario nonostante la presenza della clausola arbitrale; ad ogni buon conto, l'art. 26 del Regolamento della Camera Arbitrale di Milano prevede una specifica procedura inaudita altera parte.

La declaratoria di incompetenza che deriva dall'accoglimento dell'eccezione di compromesso, nondimeno, reputa il Giudice, va limitata alla sola istanza cautelare di revoca del Presidente del Consiglio dalla qualità di amministratore della S.r.l., giacché soltanto tale domanda attiene a diritti disponibili.

Il diritto dei soci al controllo della documentazione sociale, infatti, non può essere compresso dalla volontà delle parti, se non *in melius*, e dunque deve ritenersi indisponibile e, di conseguenza, le relative controversie non possono essere considerate arbitrabili.

Passando al merito della domanda - come sopra limitata - il Tribunale ritiene che la stessa non possa essere accolta, in quanto, tra l'altro:

- il ricorrente chiede l'estensione di una notevole mole di documentazione della controllata, evidentemente eccedente rispetto alla dedotta necessità di esercitare le proprie prerogative di amministratore, che comunque nel caso di specie sono state esercitate - come si dirà - in modo sufficientemente informato;

- il diritto di ispezione del socio non può estendersi ad ogni informazione delle controllate, ma soltanto a informazioni e a documenti specificamente individuati e nei limiti in cui questi siano nella disponibilità della società controllante; diversamente opinando, infatti, verrebbe meno la differenziazione soggettiva tra la controllante e la controllata e ai soci della controllante verrebbero garantite delle prerogative analoghe a quelle dei soci della controllata nonostante possano essere privi di tale qualità (e nel caso di specie accade proprio questo, posto che il ricorrente non è socio della controllata);
- le prerogative dei soci della controllante, peraltro, potrebbero anche essere maggiori rispetto a quelle dei soci della controllata laddove quest'ultima non sia una S.r.l. o sia sottoposta ad un regime normativo che preveda un regime più restrittivo ai diritti di consultazione, come nella fattispecie in esame;
- l'esercizio del diritto di consultazione non può essere uno strumento per aggirare i limiti che la legislazione svizzera impone ai diritti di consultazione del socio della documentazione della società anonima;
- il Presidente del Consiglio aveva comunque messo a disposizione del professionista, incaricato dal ricorrente, tutta la documentazione richiesta con modalità che potevano ritenersi ragionevoli;
- deve comunque ritenersi che il ricorrente abbia ottenuto informazioni in merito alla controllata sufficienti per esercitare in modo informato i propri doveri di amministratore in relazione alla predisposizione dei bilanci della controllante, tenuto conto delle puntuali critiche che egli ha formulato ai progetti di bilancio relativamente alle voci che coinvolgevano la controllata nonché della documentazione in atti.
- Il Tribunale dichiara la propria incompetenza sulla domanda di revoca del Presidente del Consiglio dalla carica di amministratore e rigetta la domanda avente ad oggetto la messa a disposizione della documentazione.

In senso conforme alla prima massima si veda App. Milano 12 luglio 2019, n. 3123.

In senso conforme alla seconda massima si veda Trib. Bari 10 maggio 2004 (ord.), in *Giur. it.*, 2005, 309.

In senso conforme alla terza massima si veda Trib. Venezia 26 luglio 2024, in Giurisprudenzadelleimprese.it.

#### FINANZIAMENTI DEI SOCI

RESTITUZIONE DEL FINANZIAMENTO AL SOCIO RECEDUTO E POSTERGAZIONE

Tribunale di Milano 13 maggio 2024 - Pres. A. Mambriani - Giudice M.A. Ricci, Giudice rel. G.A.V. Pascale - *Start-Up* c. Socio receduto

Ripartizione della Competenza - Sezione Ordinaria -Sezione Specializzata

(D.Lgs. 27 giugno 2003, n. 168 art. 3)

Il rapporto tra sezione ordinaria e sezione specializzata in materia di impresa, nello specifico caso in cui entrambe le sezioni facciano parte del medesimo ufficio giudiziario, non attiene alla competenza, ma rientra nella mera ripartizione degli affari interni all'ufficio giudiziario.

Società di capitali - Società a responsabilità limitata - Start-Up Innovativa - Finanziamento dei Soci - Postergazione

(Cod. civ. art. 2467)

La postergazione disposta dall'art. 2467 c.c. opera già durante la vita della società e non solo nel momento in cui si apra un concorso formale con gli altri creditori sociali, integrando una condizione di inesigibilità legale e temporanea del diritto del socio alla restituzione del finanziamento sino a quando non sia superata la situazione di difficoltà economico-finanziaria prevista dalla norma; ne consegue che la società è tenuta a rifiutare al socio il rimborso del finanziamento, in presenza della indicata situazione - costituita da un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto o da una situazione finanziaria in cui sarebbe stato ragionevole un conferimento - ove esistente sia al momento della concessione del finanziamento, sia al momento della richiesta di rimborso.

Società di capitali - Società a responsabilità limitata - Start-Up Innovativa - Finanziamento dei Soci - Postergazione -Socio recedente

(Cod. civ. art. 2467)

La postergazione, sussistendone i presupposti, permane anche nel caso in cui il socio fuoriesca dalla società, in considerazione della finalità di tutela dei creditori che l'art. 2467 c.c. mira a perseguire.

Con atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo, la *Start-Up* ha proposto opposizione al decreto ingiuntivo emesso dal Tribunale di Milano a favore di un socio receduto avente ad oggetto il pagamento del finanziamento effettuato dallo stesso, eccependo:

1) la nullità del decreto ingiuntivo in quanto emesso da una Sezione del Tribunale diversa dalla Sezione specializzata in materia di impresa, che ha ad oggetto la restituzione di un finanziamento soci, in violazione della competenza funzionale di tale Sezione, ribadita anche, nella materia de qua, dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. Civ. 28 maggio 2019, n. 14468 e Cass. Civ. 10 giugno 2019, n. 15579);

2) l'inesigibilità del relativo credito, stante il disposto dell'art. 2467, comma 2, c.c., trattandosi di finanziamento a una start-up innovativa al fine di operare gli investimenti richiesti dal tipo di attività svolta, il cui rimborso, peraltro, sarebbe dovuto avvenire durante la pandemia da Covid-19 e in un periodo di squilibrio finanziario e patrimoniale; 3) l'intervenuta concessione di una proroga per la restituzione proprio del finanziamento in oggetto,

chiedendo conseguentemente, in via preliminare, la declaratoria di incompetenza funzionale del Giudice a quo e, nel merito, la declaratoria di nullità o di inefficacia del decreto ingiuntivo opposto.

Parte convenuta opposta, si è costituita, replicando:

1) in punto competenza, che l'orientamento *ex adverso* richiamato è stato superato dall'indirizzo successivo della giurisprudenza di legittimità, che ha stabilito l'insussistenza di questione di competenza tra diverse sezioni civili del medesimo Ufficio Giudiziario;

2) l'inapplicabilità del disposto dell'art. 2467, comma 2, c. c., essendo stato il finanziamento concesso in una situazione non già di squilibrio finanziario e patrimoniale

sostanzialmente parificato all'insolvenza (richiamando, al riguardo, il precedente di Trib. Milano 14 febbraio 2020), bensì di mera tensione finanziaria, caratteristica delle *start-up* innovative;

3) che l'opposta aveva manifestato non già un assenso, ma una mera disponibilità a concedere la proroga richiesta, a condizione peraltro che fosse presentato dalla *Start-Up* un piano economico preciso, rigoroso e dettagliato, idoneo a mettere in evidenza la capacità di far fronte al debito contratto nel termine richiesto di ulteriori 12 mesi dalla scadenza e chiedendo conseguentemente il rigetto dell'opposizione avversaria e la concessione della provvisoria esecutività *ex* art. 648 c.p.c., nonché la condanna *ex* adverso *ex* art. 96 c.p.c.

Il Tribunale di Milano:

- ha rigettato l'eccezione di incompetenza del Giudice del monitorio, in quanto il decreto ingiuntivo impugnato è stato emesso dal Giudice di altra Sezione del medesimo Ufficio Giudiziario adito con l'opposizione. Il Tribunale, sul punto, osserva come debba trovare applicazione, al caso di specie, l'orientamento giurisprudenziale, secondo cui il rapporto tra Sezione ordinaria e Sezione specializzata in materia di impresa, nello specifico caso in cui entrambe le Sezioni facciano parte del medesimo ufficio giudiziario, non attiene alla competenza, ma rientra nella mera ripartizione degli affari interni all'ufficio giudiziario (Cass. Civ., SS.UU., 23 luglio 2019, n. 19882);

- ha ritenuto sussistenti i requisiti della postergazione ex art. 2467, comma 2, c.c., in quanto la società si trovava in una situazione di eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto sia nella fase di erogazione del finanziamento da parte del socio poi receduto, sia nella fase di richiesta di rimborso del medesimo. In particolare, i Giudici hanno rilevato come alla data di erogazione del finanziamento, infruttifero e con scadenza distante nel tempo, dell'allora socio, la Start-Up era stata costituita da poco, aveva un capitale sociale sottodimensionato rispetto all'operazione intrapresa e aveva maturato una importante esposizione debitoria (quintupla rispetto all'esercizio precedente). Il Tribunale ha altresì osservato come negli anni successivi all'erogazione la situazione debitoria della Start-Up è progressivamente ed esponenzialmente aumentata, tanto è vero che la stessa aveva fatto ricorso allo strumento del crowdfunding previsto dall'art. 100-terT.U.F., chiudendo gli esercizi comunque sempre in

Pertanto, il Tribunale di Milano ha dichiarato che il finanziamento erogato è soggetto a postergazione ai sensi dell'art. 2467, comma 2, c.c. e ha revocato il decreto ingiuntivo, condannando la parte opposta a rimborsare alla parte opponente le spese di lite.

In senso conforme alla prima massima si veda Cass. Civ. 27 febbraio 2024, n. 5206; Cass. Civ., SS.UU., 23 luglio 2019, n. 19882; Trib. Milano 1° marzo 2022, n. 1837, in One LEGALE https://onelegale.wolterskluwer.it/.

In senso conforme alla seconda massima si veda Cass. Civ. 30 maggio 2024, n. 15196; Cass. Civ. 15 maggio 2019, n. 12994; App. Torino 10 giugno 2021, n. 660.

In senso conforme alla terza massima si veda Cass. Civ. 6 luglio 2022, n. 21422 e Trib. Torino, Sez. impr., 24 febbraio 2023, in *One LEGALE https://onelegale.wolterskluwer.it/*.

### Osservatorio Consob

### a cura di Angelo Busani e Giampaolo Grasso

### SANZIONI AMMINISTRATIVE

Offerta al pubblico di strumenti finanziari

Delibera 21 marzo 2024, n. 23051 @ In Bollettino Consob 6.1/24

Offerta al pubblico di prodotti finanziari - Soggetti e autorizzazione - Tutela degli investitori - Poteri della Consob - Sanzioni amministrative

(D.Lgs. n. 58/1998, artt. 94-bis, comma 1, 191, comma 4, 194-bis e 195)

La Commissione ha applicato sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti della società Alpha per la violazione dell'art. 94-bis, comma 1, D.Lgs. n. 58/1998.

Con delibera del 21 marzo 2024, n. 23051, la Consob ha applicato sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti della società Alpha, con sede in Dublino, Irlanda ("Alpha") per avere, tramite i siti internet www.alpha.com (il "Sito A") e www.beta.com (il "Sito B" e, congiuntamente al Sito A, i "Siti Internet"), svolto un'attività consistente in un'offerta al pubblico residente in Italia di prodotti finanziari in violazione dell'art. 94-bis, comma 1, D.Lgs. n. 58/1998 ("T.U.F.").

Dall'esame delle risultanze e della documentazione acquisita in esito all'attività di vigilanza condotta dalla Divisione Tutela del Consumatore, Ufficio Vigilanza sui Fenomeni Abusivi ("DTC") era emerso lo svolgimento, da parte delle società (i) Alpha; (ii) Beta, con sede in Moncton, Canada ("Beta"), (iii) Gamma, con sede in Sofia, Bulgaria ("Gamma") e (iv) Delta, con sede in Sofia, Bulgaria ("Delta"), (di seguito Alpha, Beta, Gamma e Delta, complessivamente, le "Società") di un'offerta al pubblico residente in Italia di prodotti finanziari c.d. "Equity Convertible Notes" ("ECN") tramite i Siti Internet, in assenza di un prospetto informativo approvato dalla Consob, in violazione di quanto prescritto dall'art. 94-bis T.U.F. (l'"Offerta").

In particolare, la Commissione aveva ritenuto accertato che l'Offerta posta in essere dalle Società tramite i Siti Internet fosse stata realizzata in violazione dell'art. 94-bis T.U.F. ratione temporis vigente, non essendo stata effettuata alcuna comunicazione alla Consob, né essendo stato trasmesso il relativo prospetto informativo e, di conseguenza, aveva prima sospeso - con delibera n. 22360 del 15 giugno 2022 - l'Offerta per novanta giorni, e poi vietato la stessa con delibera n. 22438 del 6 settembre 2022.

Conseguentemente, con riferimento ai fatti sopra esposti la Commissione, con nota del 31 luglio 2023, ha contestato, tra le altre, ad Alpha - in relazione al periodo intercorrente tra il 1° aprile 2022 (acquisizione da parte della DTC dei contenuti dei Siti Internet relativi all'offerta delle ECN) e il 15 giugno 2022 (giorno in cui era stato adottato il provvedimento di sospensione cautelare cui era poi seguito l'ordine di inibizione dei Siti Internet) la violazione

dell'art. 94-*bis* T.U.F., ai sensi degli artt. 191, comma 4, e 195 T.U.F.

Ad esito del procedimento, ritenuto conclusivamente accertata, sulla base delle risultanze istruttorie, la violazione in parola, la Commissione ha applicato, nei confronti di Alpha, una sanzione amministrativa pecuniaria di euro 80.000,00.

Nello specifico la Consob, nella quantificazione della sanzione, aveva considerato che (i) con riguardo alla gravità, la violazione aveva ad oggetto l'offerta al pubblico abusiva di investimenti di natura finanziaria da parte delle Società, veicolata attraverso i Siti Internet. L'utilizzo di un mezzo di comunicazione pervasivo come il web, idoneo a raggiungere un numero potenzialmente molto elevato di soggetti e quindi ad esporre gli interessi patrimoniali degli investitori ad un nocumento rilevante, connotava di particolare gravità la condotta, tra le altre, di Alpha; (ii) la violazione si era protratta quanto meno dal 1º aprile 2022 al 15 giugno 2022; (iii) quanto al grado di responsabilità, la violazione risultava ascrivibile ad Alpha a titolo di dolo; (iv) dagli atti non risultavano elementi per la valutazione della capacità finanziaria di Alpha, né elementi che rendessero compiutamente determinabili vantaggi ottenuti o perdite evitate da Alpha; (v) non risultavano in atti elementi idonei a rendere compiutamente determinabili i pregiudizi cagionati a terzi dalla violazione; (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 risultava rilevante nel caso di specie il requisito della criticità dell'indice di riferimento per la stabilità finanziaria; (ix) dagli atti non emergevano potenziali conseguenze sistemiche della violazione; (x) non risultavano misure adottate dal responsabile della violazione, successivamente alla violazione stessa, al fine di evitare, in futuro, il suo ripetersi.

Abusi di mercato

Delibera 30 maggio 2024, n. 23131 @ In Bollettino Consob 6.1/24

Abusi di mercato - Informazioni privilegiate - Poteri della Consob - Sanzioni amministrative

(Reg. UE n. 596/2014, art. 17, par. 1; D.Lgs. n. 58/1998, artt. 114, comma 1, 187-ter.1, comma 1, e 187-septies)

Applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria nei confronti della società Alpha per aver la medesima comunicato tardivamente al mercato una informazione privilegiata in violazione dell'art. 17, par. 1, Reg. UE n. 596/2014 e delle relative norme di attuazione.

Con delibera del 30 maggio 2024, n. 23131, la Consob ha applicato una sanzione amministrativa nei confronti della società Alpha S.p.a. ("Alpha" o la "Società"), per avere la medesima comunicato tardivamente al mercato

l'informazione privilegiata concernente la cessazione dei rapporti contrattuali con il principale cliente asiatico di Alpha, in violazione dell'art. 17, par. 1, Reg. UE n. 596/2014 ("Regolamento MAR") e delle relative norme di attuazione.

In particolare, dall'attività di vigilanza svolta dalla Divisione Mercati, Ufficio Informazione Mercati ("DME") è stato rilevato che: (i) con comunicato stampa del 17 marzo 2023, Alpha diffondeva al pubblico l'informazione relativa "alla comunicazione del principale cliente asiatico che ha formalmente e per la prima volta manifestato la propria impossibilità a recuperare il proprio investimento nelle properties di Alpha e a generare ulteriori royalties per la Società [...]. La revisione dei piani di vendita per effetto di quanto sopra esposto ha determinato una rettifica di valore per impairment sulla library al 31 dicembre 2022 pari a circa 73 milioni di euro"; (ii) con comunicato stampa del 24 marzo 2023, Alpha aveva dato conto, congiuntamente ad altre informazioni, dell'approvazione del progetto di bilancio d'esercizio e del bilancio consolidato 2022 riportando, a livello consolidato, il valore della produzione a euro 37,8 milioni, l'Ebitda a euro 25,4 milioni ed una perdita netta pari a euro 69,3 milioni, nonché dando evidenza del fatto che "in data 17 marzo il consiglio di amministrazione di Alpha ha preso atto dell'impossibilità da parte del principale cliente della società di continuare l'acquisto di prodotti di Alpha per il mercato cinese, che rappresenta una quota significativa delle vendite della Società; per effetto di questo è stato approvato un nuovo business plan che prevede l'esclusione della Cina dalle previsioni di vendita della propria library, accelerando il processo di diversificazione geografica già in atto [...]. È stato quindi effettuato un impairment test sulla library per verificare gli effetti dell'applicazione del nuovo piano sul valore recuperabile della stessa; dall'applicazione del test è emerso un impairment significativo pari a 73,4 milioni sulla library della capogruppo, rilevato nell'esercizio 2022".

Con lettera del 14 novembre 2023, notificata in pari data, la DME, in relazione alla notizia diffusa con comunicato stampa del 17 marzo 2023, ai sensi degli artt. 187-ter.1, comma 1, e 187-septies, D.Lgs. n. 58/1998 ("T.U.F."), aveva contestato ad Alpha, tra l'altro, la violazione dell'art. 17, par. 1, del Regolamento MAR, per aver diffuso tardivamente l'informazione privilegiata rappresentata dalla notizia, venuta ad esistenza in data 15 marzo 2023, della volontà del principale cliente asiatico della Società di porre termine al rapporto contrattuale in essere, che fino a quel momento aveva generato la parte più consistente dei diritti di sfruttamento costituenti la *library* della Società.

All'esito del procedimento la Consob, sulla base delle risultanze istruttorie, ritenendo conclusivamente accertata la violazione in parola, ha applicato, nei confronti di Alpha, una sanzione amministrativa pecuniaria pari ad euro 30.000,00.

Nello specifico la Commissione, nella quantificazione della sanzione, aveva considerato che: (i) quanto, rispettivamente, alla gravità oggettiva e alla durata, (a) la violazione in parola non è stata connotata da scarsa offensività o pericolosità, atteso che si è sostanziata nel ritardo della comunicazione al pubblico di una informazione privilegiata concernente la chiusura dei rapporti contrattuali con il principale cliente asiatico della Società, fonte di una quota significativa delle vendite della Società, e che l'esatto adempimento da parte degli emittenti quotati degli obblighi previsti dalla normativa in materia di abusi di mercato rappresenta un importante strumento,

sia per una corretta e puntuale informazione degli investitori e del mercato, sia ai fini della prevenzione degli abusi di mercato medesimi. A tal proposito ha assunto altresì rilievo l'entità del ribasso (pari al 50%) registrato dal titolo Alpha nella prima seduta di borsa aperta del 20 marzo 2023 successiva alla data di diffusione dell'informazione privilegiata; (b) il ritardo della comunicazione al pubblico dell'informazione in parola si è protratto per due giorni, dal 15 marzo 2023 al 17 marzo 2023; (ii) la violazione risultava ascrivibile ad Alpha a titolo di colpa; (iii) quanto alla capacità finanziaria di Alpha, dai dati del bilancio consolidato approvato al 31 dicembre 2022 emergeva che il totale dei ricavi fosse pari a euro 35.035 migliaia; (iv) dagli atti non emergevano elementi che rendessero determinabili eventuali vantaggi ottenuti o perdite evitate da Alpha attraverso la violazione; (v) non risultavano in atti elementi che rendessero compiutamente determinabile l'ammontare dei pregiudizi effettivamente cagionati a terzi attraverso la violazione; (vi) Alpha aveva cooperato con Consob, fornendo riscontro alla richiesta formulata dall'Autorità ai sensi dell'art. 115 T.U.F.; (vii) non risultavano precedenti violazioni già sanzionate dalla Consob in materia finanziaria commesse da Alpha; (viii) non apparivano ravvisabili potenziali conseguenze sistemiche delle violazioni; (ix) non risultava che Alpha avesse adottato misure, successivamente alla violazione stessa, al fine di evitare, in futuro, il suo ripetersi.

### POTERI DELLA CONSOB

DIVIETO DI OFFERTA AL PUBBLICO DI PRODOTTI FINANZIARI

Delibera 5 giugno 2024, n. 23140 @ In Bollettino Consob 6.1/24

Offerta al pubblico di prodotti finanziari - Prospetto di offerta - Poteri della Consob

(D.Lgs. n. 58/1998, artt. 94-bis, comma 1, 99, comma 1, lett. b, c)

La Commissione, ai sensi dell'art. 99, comma 1, lett. c), D.Lgs. n. 58/1998, ha vietato l'attività di offerta al pubblico residente in Italia avente ad oggetto prodotti finanziari posta in essere dalla società Alpha, anche tramite un sito *internet*, in violazione dell'art. 94-bis, comma 1, D.Lgs. n. 58/1998.

Con delibera del 5 giugno 2024, n. 23140, la Consob ha vietato l'attività di offerta al pubblico residente in Italia avente ad oggetto prodotti finanziari promossa dalla società Alpha (la "Società"), anche tramite un sito internet (il "Sito"), a seguito dell'accertamento della violazione dell'art. 94-bis, comma 1, D.Lgs. n. 58/1998 ("T.U.F."). In particolare, dall'attività di vigilanza svolta dalla Consob era stata riscontrata nel web la presenza del Sito, attivo, disponibile in lingua italiana mediante un meccanismo di traduzione automatica incorporato nel Sito, registrato in forma anonima e riconducibile ad Alpha, in cui: (i) venivano promossi cinque "piani di investimento" distinti tra loro per il deposito minimo e massimo consentiti, per la percentuale di "guadagno" assicurato ai sottoscrittori e per il periodo di maturazione dello stesso; (ii) a seguito di registrazione - mediante procedura risultata liberamente disponibile anche per gli utenti italiani - risultava possibile accedere all'area personale ove erano disponibili le

funzioni dedicate all'acquisto di uno o più "piani di investimento". In particolare, sebbene nella homepage del Sito gli importi necessari alla sottoscrizione di uno o più "piani di investimento" fossero espressi in valuta fiat, nell'area riservata del Sito era indicata la necessità che l'utente procedesse al pagamento mediante conferimento di cripto-valute ed era reso disponibile l'indirizzo del wallet su cui trasferire le riferite cripto-valute.

Stante quanto suindicato, la Commissione ha ritenuto che l'operazione in parola fosse riconducibile alla nozione di offerta al pubblico di prodotti finanziari ai senti dell'art. 1, comma 1, lett. t), T.U.F. poiché: (i) la struttura dell'operazione in parola prevedeva che l'aderente impiegasse il proprio capitale per la sottoscrizione di uno più "piani di investimento" in relazione ai quali era prospettato un rendimento variabile in relazione al piano sottoscritto da ciascun utente, senza che gli stessi fossero chiamati a svolgere alcuna ulteriore attività, con consequente assunzione di un rischio, correlato all'impiego di capitale affidato; (ii) l'elemento causale dei contratti promossi tramite il Sito era riconducibile alla produzione di un rendimento finanziario quale corrispettivo dell'impiego di capitale conferito dal percettore del rendimento medesimo; (iii) i contenuti informativi presenti nel Sito fornivano una rappresentazione in termini uniformi delle caratteristiche delle proposte di investimento, idonee a mettere i risparmiatori in grado di valutare se aderire o meno all'iniziativa; (iv) sussistevano elementi che inducevano a ritenere che l'offerta in esame fosse rivolta anche al pubblico residente in Italia in quanto i contenuti del Sito risultavano disponibili in lingua italiana e in quanto era stata altresì riscontrata nel Sito l'assenza di meccanismi volti a limitare o escludere la registrazione da parte degli utenti connessi al web dall'Italia/mediante indirizzi IP italiani; (v) era stata riscontrata attività di contatto nei confronti dei risparmiatori italiani finalizzata a promuovere l'effettuazione di investimenti attraverso il Sito ed era stata acquisita agli atti documentazione contrattuale riferibile ad Alpha redatta in lingua italiana; inoltre, erano state riferite perdite patrimoniali da parte di un risparmiatore italiano in relazione alle iniziative promosse sul predetto Sito.

La Commissione, all'esito del procedimento, considerato che, ai sensi dell'art. 94-bis, comma 1, T.U.F., "coloro che intendono effettuare un'offerta al pubblico di prodotti finanziari diversi dai titoli e dalle quote o azioni di Oicr aperti pubblicano preventivamente un prospetto. A tal fine, presentano la domanda di approvazione dello stesso alla Consob, allegandone la bozza. Il prospetto non può essere pubblicato finché non è approvato dalla Consob ai sensi dell'articolo 95, comma 1, lettera b)" e che l'offerta in questione non ricadeva in alcuna delle ipotesi di esenzione previste dal combinato disposto degli artt. 100 T.U.F. e 34-ter del Reg. Consob n. 11971/1999, ha ritenuto accertata l'effettuazione di un'offerta al pubblico di prodotti finanziari - sub specie di "forma di investimento di natura finanziaria" - in violazione della richiamata normativa. Si precisa inoltre che, con delibera n. 23033 del 13 marzo

Si precisa inoltre che, con delibera n. 23033 del 13 marzo 2024, la Consob, ai sensi dell'art. 99, comma 1, lett. b), T.U.F., aveva dapprima adottato il provvedimento di sospensione cautelare, per un periodo di novanta giorni, dell'offerta al pubblico in parola.

La Commissione, pertanto, avendo ritenute accertate le circostanze di fatto e di diritto rilevate nell'ambito del richiamato provvedimento di sospensione cautelare, alla luce delle risultanze delle indagini e in assenza di evidenze tali da indurre a una configurazione diversa della fattispecie rispetto a quella rappresentata nel richiamato provvedimento di sospensione ha vietato, ai sensi

dell'art. 99, comma 1, lett. c), T.U.F., l'attività di offerta al pubblico residente in Italia di prodotti finanziari posta in essere dalla Società tramite il Sito.

ORDINE DI PORRE TERMINE ALL'OFFERTA ABUSIVA

Delibera 12 giugno 2024, n. 23161 @ In Bollettino Consob 6.1/24

Offerta al pubblico di servizi e attività di investimento -Soggetti e autorizzazione - 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, dei servizi e delle attività di investimento posta in essere tramite un sito internet, in violazione dell'art. 18, D.Lgs. n. 58/1998.

Con delibera del 12 giugno 2024, n. 23161, la Consob ha ordinato, ai sensi dell'art. 7-octies, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 58/1998 ("T.U.F."), di porre termine alla violazione dell'art. 18 T.U.F., perpetrata tramite un sito *internet* (il "Sito"), consistente nello svolgimento, nei confronti del pubblico italiano, dei servizi e delle attività di investimento.

In particolare, dall'attività di vigilanza svolta dalla Consob era emerso che: (i) mediante il Sito, attivo e disponibile in lingua italiana, nonché registrato in forma anonima, veniva offerta al potenziale investitore la possibilità di effettuare operazioni di trading sul forex, CFD, azioni, indici e valute digitali tramite una piattaforma di trading; (ii) per l'effettuazione delle predette operazioni di trading veniva richiesta all'utente la registrazione sul Sito medesimo, tramite procedura disponibile anche per gli utenti connessi dall'Italia e l'apertura di un conto per il trading; (iii) nel Sito si prospettavano quattro tipologie di conto; (iv) quanto alla riconducibilità, nel Sito erano presenti riferimenti ad Alpha, con asserita sede a Londra, nonché l'indicazione di un indirizzo di posta elettronica.

Nello specifico, la Commissione ha ritenuto 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 veniva 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) la sopra descritta operatività era in corso di svolgimento al tempo della delibera in commento, nonché rivolta al pubblico degli investitori italiani in quanto il Sito era risultato consultabile in lingua italiana, era stata riferita attività di contatto con i risparmiatori italiani mediante tecniche di comunicazione a distanza, erano pervenuti esposti da parte di risparmiatori italiani ed era stata altresì rilevata l'assenza di meccanismi volti ad impedire la registrazione da parte degli utenti che avessero tentato di iscriversi dall'Italia/mediante indirizzi IP italiani; (iii) il Sito non era riconducibile ad alcun soggetto autorizzato alla prestazione di servizi di investimento nei confronti del pubblico italiano ex art. 18, comma 1, T.U.F. Al termine delle predette attività di verifica, la Consob, in forza dell'art. 7-octies, lett. b), T.U.F., ha ordinato di porre termine alla violazione dell'art. 18 T.U.F., realizzata tramite il Sito, consistente nell'offerta e nello svolgimento nei confronti del pubblico italiano dei servizi e delle attività di investimento.

### Osservatorio fiscale

a cura di Massimo Gabelli

### **A**CCERTAMENTO

Întegra il reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte la cessione effettiva del contratto di affitto d'azienda

Cassazione Penale, Sez. III, 4 novembre 2024, n. 40308, sent. (ud. 14 marzo 2024) - Pres. G. Andreazza - Rel. M.C. Amoroso

La Corte di cassazione, nella sentenza n. 40308 del 4 novembre 2024, ha chiarito che anche in caso di un trasferimento effettivo di un bene (nel caso di specie, una cessione parziale di un contratto di affitto di azienda) è possibile che si configuri il reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte *ex* art. 11, D.Lgs. n. 74/2000 laddove si utilizzi uno schema fraudolento finalizzato a pregiudicare la garanzia patrimoniale per l'Erario.

Nel caso oggetto della sentenza il Tribunale riteneva l'amministratore unico di una S.r.l. e il legale rappresentante di un'altra S.r.l. responsabili, in concorso tra loro, del reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte exart. 11, D.Lgs. n. 74/2000 per aver stipulato l'atto di cessione parziale di contratto di affitto d'azienda ritenuto atto fraudolento finalizzato a pregiudicare la garanzia patrimoniale per l'Amministrazione finanziaria. A fronte di un debito residuo IVA pari a più di 500.000 euro, l'Agenzia delle Entrate otteneva l'emissione del decreto di sequestro conservativo dei crediti maturati e maturandi della S.r.l. verso committenti di contratti di opere pubbliche, e delle poste attive esistenti sui conti correnti bancari della società fino alla concorrenza del debito, tenuto conto dei pagamenti parziali nel frattempo eseguiti. Nelle more del procedimento, la S.r.l. costituiva un'altra società avente stessa sede e stesso oggetto sociale e interamente partecipata da quest'ultima; le due società stipulavano un contratto di cessione parziale di affitto di azienda in forza del quale la prima cedeva alla seconda parte della propria posizione contrattuale relativamente ai contratti di appalto in corso di esecuzione alla data della stipula della cessione. La cessione non comprendeva la posizione debitoria relativa ai debiti erariali, ragione per la quale l'Agenzia delle Entrate, pur avendo ottenuto il seguestro conservativo nei confronti della S.r.l., poteva aggredire solo i crediti esclusi dalla cessione alla società neocostituita. Il Tribunale, prima, e la Corte d'Appello dopo, ritenevano l'operazione fraudolenta in quanto attuata allo scopo di impedire all'Agenzia delle Entrate di soddisfarsi coattivamente delle pretese tributarie vantate nei confronti della S.r.l. In particolare, la Corte d'Appello, a sostegno della natura fraudolenta dell'operazione, metteva in evidenza gli elementi indicativi della sussistenza di una continuità tra le due società coinvolte nella cessione: la società ceduta era interamente partecipata dalla cedente e non aveva dipendenti propri ma utilizzava le maestranze e il materiale della cedente. Inoltre, l'aver indicato un prezzo irrisorio di cessione aveva comportato l'immediato vantaggio di preservare la società debitrice del prezzo della cessione dall'azione dell'Agenzia delle Entrate per importi rilevanti. Gli imputati ricorrevano in Cassazione.

La Corte di cassazione ha rammentato che ai fini della integrazione del reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte di cui all'art. 11, D.Lgs. n. 74/2000 l'alienazione è simulata, ossia finalizzata a creare una situazione giuridica apparente diversa da quella reale, allorquando il programma contrattuale non corrisponde deliberatamente in tutto (simulazione assoluta) o in parte (simulazione relativa) alla effettiva volontà dei contraenti. Conseguentemente laddove, invece, il trasferimento del bene sia effettivo, la relativa condotta non può essere considerata come un atto simulato, ma deve essere valutata esclusivamente quale possibile atto fraudolento idoneo a rappresentare una realtà non corrispondente al vero e a rendere in tutto o in parte inefficace la procedura di riscossione coattiva.

I Supremi Giudici hanno così rilevato che la Corte d'Appello ha indicato correttamente le ragioni per le quali la cessione parziale di contratto di affitto d'azienda era da ritenersi sì effettiva, ma caratterizzata da uno schema fraudolento finalizzato a pregiudicare la garanzia patrimoniale per l'Erario, mettendo in evidenza gli elementi indicativi della sussistenza di una continuità tra le due società. La Corte di cassazione ha, quindi, osservato che il reato in parola richiede il dolo specifico, costituito dal fine di sottrarsi al pagamento delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto ovvero di interessi o sanzioni amministrative relativi a dette imposte, che ricorre anche laddove l'atto simulato fraudolento sia compiuto per altre distinte e autonome finalità, non richiedendo la norma che la finalità di sottrarsi al pagamento dei debiti sia esclusiva.

I Supremi Giudici hanno, pertanto, evidenziato "l'incontroversa consapevolezza" da parte del legale rappresentante della cedente della criticità della situazione debitoria della società nei confronti dell'Erario, già sottolineata dai Giudici territoriali. Invero, al momento dell'atto di cessione era già stata raggiunta dal provvedimento di sequestro conservativo da parte della Commissione tributaria locale. Da qui il rigetto del ricorso degli imputati.

ÎNTEGRA LA DICHIARAZIONE FRAUDOLENTA LA FALSIFICAZIONE DI "MASTRINI"

Cassazione Penale, Sez. III, 30 ottobre 2024, n. 39971, sent. (ud. 4 luglio 2024) - Pres. G. Andreazza - Rel. A.M. Andronio

La Corte di cassazione, nella sentenza n. 39971 del 30 ottobre 2024, ha chiarito che integra il reato di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifizi, e non quello di dichiarazione infedele, la condotta di chi falsifica i mastrini contabili per dare prova di aver effettuato pagamenti di fatture simulate.

Nel caso oggetto della pronuncia, veniva contestato a due imprenditori, in concorso tra loro, il reato di dichiarazione fiscale fraudolenta mediante altri artifizi di cui all'art. 3, D.Lgs. n. 74/2000 in quanto erano ritenute "falsificazioni" le annotazioni nei mastrini contabili sia di fatture passive sia di elementi per la creazione di IVA a credito superiore a

quella effettiva. Il Tribunale accoglieva la tesi difensiva secondo cui la falsificazione rappresentava una condotta rudimentale e derubricava il reato nella meno grave fattispecie di dichiarazione infedele di cui all'art. 4, D.Lgs. n. 74/2000, con conseguente assoluzione degli imputati per mancato superamento della soglia di punibilità. La decisione veniva riformata dalla Corte d'Appello; gli imputati ricorrevano per la Cassazione della decisione, lamentando un'errata applicazione della norma penale.

La Corte di cassazione ha, preliminarmente, delineato la linea di discrimine tra la fattispecie della dichiarazione infedele e quella della dichiarazione fraudolenta per il suo carattere espressamente residuale ("fuori dai casi previsti dagli articoli 2 e 3"). In particolare, la dichiarazione infedele di cui all'art. 4, D.Lgs. n. 74/2000 trova applicazione solo quando non vi sia l'utilizzo di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 2, D.Lgs. n. 74/2000); operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente ovvero l'uso di documenti falsi o altri mezzi fraudolenti idonei ad ostacolare l'accertamento e ad indurre in errore l'amministrazione finanziaria (art. 3). La disposizione punisce, infatti, la dichiarazione infedele che non sia fraudolenta, perché le ipotesi di frode sono sanzionate dagli artt. 2 e 3, D.Lgs. n. 74/2000.

A giudizio della Suprema Corte la falsificazione dei mastrini bancari per creare artificialmente la prova di aver effettuato il pagamento delle fatture simulate emesse da soggetti economici apparentemente esistenti rientra certamente nella fattispecie delittuosa più grave dell'art. 3, e non dell'art. 4, perché tale condotta impone ai verificatori di accertare l'effettiva falsità di tali fatture, attraverso delle indagini che devono andare oltre l'apparente posizione contabile e fiscale dell'imputato.

Ne deriva, a giudizio della Suprema Corte, che la fattispecie in esame non possa essere ricondotta alla previsione del comma 3 del richiamato art. 3 ai sensi del quale non costituiscono mezzi fraudolenti la mera violazione degli obblighi di fatturazione e di annotazione degli elementi attivi nelle scritture contabili o la sola indicazione nelle fatture o nelle annotazioni di elementi attivi inferiori a quelli reali.

La Corte di cassazione ha, quindi, rammentato che, secondo la giurisprudenza di legittimità, il rilascio da parte di un professionista abilitato di un visto mendace di conformità o di una infedele certificazione tributaria costituisce un mezzo fraudolento idoneo ad ostacolare l'accertamento e ad indurre l'Amministrazione finanziaria in errore, tale ad integrare il concorso del professionista nel reato di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici.

Più in generale, per la dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici, la Corte di Cassazione ha precisato che è necessario un *quid pluris* rispetto alla falsa rappresentazione offerta nelle scritture contabili obbligatorie ossia una condotta connotata da particolare insidiosità derivante dall'impiego di artifici idonei ad ostacolare l'accertamento della falsità contabile, nella specie, rappresentata dalla falsificazione dei mastrini bancari.

### **I**MPOSTE SUI REDDITI

 $\mathsf{L}'\mathsf{A}\mathsf{GENZIA}$  fornisce ulteriori chiarimenti in materia di *Carried interest* 

Agenzia delle Entrate, Risposta a interpello 23 ottobre 2024, n. 209

L'Agenzia delle Entrate, nella risposta ad interpello n. 209/ 2024, ha fornito ulteriori chiarimenti circa la qualificazione fiscale dei proventi derivanti da un piano di coinvestimento che prevede la sottoscrizione di strumenti finanziari partecipativi ibridi, nel contesto di un contratto di lavoro subordinato tra una società e un manager. L'Agenzia ha chiarito, in particolare, che gli extra-proventi percepiti dal manager si possono qualificare quali redditi di natura finanziaria anche qualora non sia rispettato il requisito dell'investimento minimo pari all'1% ma sussistano ulteriori elementi volti a confermare la natura finanziaria dello strumento partecipativo, quale l'idoneità dell'investimento a garantire l'esposizione del manager al rischio di perdita del capitale investito.

Il caso oggetto dell'interpello riguarda una società che ha chiesto un chiarimento in merito al trattamento fiscale relativo ad un piano di coinvestimento previsto nel contratto di lavoro subordinato con il manager che ha per oggetto la sottoscrizione di n. 1.500 strumenti finanziari partecipativi ibridi denominati EPECs (preferred equity certificates classe E) emessi dalla controllante di valore unitario pari a euro 100, per un totale di euro 150.000. Detti strumenti partecipativi non prevedono alcun obbligo di restituzione del capitale investito, qualificandosi pertanto come strumenti rappresentativi di capitale di rischio. Inoltre, il manager si è impegnato a versare euro 150.000 come corrispettivo per tali strumenti finanziari, in parte in contante ed in parte a mezzo di un finanziamento concesso dalla capogruppo, in seguito totalmente rimborsato dal manager. L'istante chiede chiarimenti all'Agenzia delle Entrate circa il trattamento fiscale dei proventi eventualmente attribuiti al manager in base al piano di incentivazione.

L'Agenzia delle Entrate ha preliminarmente rammentato che l'art. 60, comma 1, D.L. 24 aprile 2017, n. 50 stabilisce che i "proventi derivanti dalla partecipazione, diretta o indiretta, a società, enti o organismi di investimento collettivo del risparmio, percepiti da dipendenti ed amministratori ditali società, enti od organismi di investimento collettivo del risparmio ovvero di soggetti ad essi legati da un rapporto diretto o indiretto di controllo o gestione, se relativi ad azioni, quote o altri strumenti finanziari aventi diritti patrimoniali rafforzati", si considerano, al ricorrere di determinati requisiti, "in ogni caso redditi di capitale o redditi diversi". La presunzione in questione, operante ope legis, è, tuttavia, subordinata al ricorrere di alcuni requisiti cui sussistenza è garanzia di un allineamento fra i manager e gli altri investitori in termini di interesse alla remunerazione dell'investimento e di rischio di perdita del capitale investito, ciò che costituisce la ratio dell'assimilazione dei proventi in argomento ai redditi di natura finanziaria.

Al riguardo, infatti, l'Agenzia ha osservato che la circ. 16 ottobre 2017, n. 25/E ha chiarito che la carenza di uno o più presupposti stabiliti dalla norma in esame non determina l'automatica qualificazione dei proventi come redditi di lavoro, ma richiede lo svolgimento di un'analisi volta a verificare, caso per caso, l'idoneità dell'investimento a determinare quell'allineamento citato che consente di attribuire alle somme in argomento natura finanziaria. La circolare ha, altresì, chiarito che l'eventuale detenzione di strumenti finanziari aventi le medesime caratteristiche da parte degli altri soci (al pari del management), nonché la presenza di una adeguata remunerazione per l'attività lavorativa svolta da parte del manager possono fungere da indicatori della natura finanziaria del reddito in questione; ed altresì che un ulteriore criterio di valutazione è nell'idoneità dell'investimento, anche in termini di

ammontare, a garantire l'allineamento di interessi tra investitori e management e la conseguente esposizione di quest'ultimo al rischio di perdita del capitale investito. Se tale caratteristica può costituire un indice della natura finanziaria del provento, pattuizioni che incidano in senso negativo sulla posizione di rischio del manager mal si conciliano con la qualificazione dello stesso come reddito di capitale o diverso. Inoltre, la richiamata circolare ha precisato che l'eventuale presenza di clausole di *leavers-hip* che condizioni la distribuzione dei proventi all'esistenza del rapporto di lavoro può costituire in astratto un elemento suscettibile di attrarre nella relativa categoria del reddito di lavoro detti emolumenti.

Tanto considerato, con riguardo al caso in esame l'Agenzia ha ritenuto che la sussistenza di elementi chiave, quali l'importo dell'investimento, una remunerazione adeguata al manager per l'attività lavorativa, l'esposizione a un effettivo rischio di perdita del capitale investito e l'assenza di clausole che colleghino esplicitamente l'extra-rendimento all'attività lavorativa per un periodo specifico, rappresentano fattori determinanti ai fini della qualificazione degli importi derivanti dagli strumenti finanziati partecipativi in oggetto come redditi di natura finanziaria ai sensi dell'art. 60, D.L. 24 aprile 2017, n. 50.

TASSAZIONE APPLICABILE IN CASO DI FUSIONE TRANSFRONTALIERA

### Agenzia delle Entrate, Risposta a interpello 18 ottobre 2024, n. 206

L'Agenzia delle Entrate, nella risposta n. 206/2024, ha chiarito che la fusione transfrontaliera di comparti di una SICAV lussemburghese mediante incorporazione in OICR di diritto italiano esula dall'applicazione dell'art 166-bis T.U.I.R. che disciplina i "valori fiscali in ingresso" di attività e passività patrimoniali nel sistema fiscale italiano. Il caso oggetto di interpello riguarda una società (ALFA), che opera nel settore della creazione ed offerta al pubblico di prodotti assicurativi, che intende modificare l'assetto dei comparti di una SICAV multi - comparto di diritto lussemburghese - denominata Multiflex SICAV - di cui è investitrice attraverso una fusione per incorporazione dei comparti della Multiflex SICAV in OICVM di nuova costituzione di diritto italiano gestiti da Gamma Sgr, mantenendo le stesse caratteristiche di investimento e profili di rischio. L'istante evidenzia che gli asset in cui sono investiti i comparti saranno trasferiti al loro valore netto d'inventario (NAV) senza alcuna cessione a parti terze. Secondo l'istante la prospettata operazione di fusione transfrontaliera si configurerebbe come una vera e propria "successione a titolo universale". L'istante ritiene, inoltre, che la fusione rappresenti un evento fiscalmente neutrale per l'investitore italiano in quanto né l'art. 10-ter, L. n. 77/1983 né alcuna altra disposizione fiscale italiana classifica tale fusione come evento tassabile. L'istante, ancora, evidenzia che la fusione non rientra negli eventi tassabili elencati nella legge, come distribuzioni o liquidazioni e, conseguentemente, i valori fiscali degli asset coinvolti nella fusione dovrebbero rimanere invariati, rispettando il principio di continuità dei valori fiscali applicabile nelle operazioni fiscalmente neutrali; pertanto, dovrebbe esserci un riconoscimento nei valori fiscalmente riconosciuti dei comparti della Multiflex SICAV ante operazione di fusione che verrebbero così mantenuti ed ereditati.

L'Agenzia delle Entrate, nella sua risposta, ha preliminarmente osservato che, sulla base della vigente normativa, possono costituire oggetto di una operazione di fusione non solo gli OICR ma anche i comparti di uno o più OICR anche se stabiliti in Stati membri diversi.

Con riferimento, poi, alla tassazione dei proventi derivanti dalle quote o azioni in OICR di diritto estero, diversi da quelli immobiliari, detenute da investitori italiani, l'Agenzia ha rammentato che in base all'art. 10-ter, L. n. 77/1983 gli investitori possono conseguire redditi di capitale o diversi in caso di distribuzione di proventi, riscatto o liquidazione delle quote o azioni, cessione, trasferimento ad un diverso intestatario, switch da un comparto all'altro. La richiamata norma non include tra gli eventi tassabili la fusione fra comparti di un OICR estero e fondi di diritto italiani tanto che - ha precisato l'Agenzia - la stessa rappresenta un evento fiscalmente neutrale anche nei confronti dell'investitore residente. Detta operazione, infatti, non determina la cessione o il trasferimento ad altro titolo di quote né può essere assimilata all'operazione di switch, fattispecie che implica il rimborso e successiva sottoscrizione di quote.

Pertanto, l'Agenzia ha concluso che la fusione di comparti di investimento in un diverso fondo non rappresenta un evento realizzativo, non determinando alcuna tassazione in capo ai partecipanti al fondo.

L'Agenzia delle Entrate ha, altresì, chiarito che alla prospettata operazione di fusione non si applica l'art. 166-bis T.U.I. R. (c.d. entry tax) che disciplina i valori fiscali di ingresso di attività e passività patrimoniali nel sistema fiscale italiano. In particolare, l'Agenzia ha ritenuto che non trovi applicazione nel caso di specie l'art. 166-bis, comma 1, lett. e) che prevede che la disciplina della c.d. entry tax si applichi nel caso in cui "un soggetto fiscalmente residente all'estero che esercita una impresa commerciale è oggetto di incorporazione da parte di un soggetto fiscalmente residente nel territorio dello Stato". E ciò dal momento che non è configurabile in capo agli OICR/OICVM la titolarità di reddito d'impresa secondo l'ordinamento tributario domestico. Non si dovrà, pertanto, procedere alla determinazione del valore di mercato quale "valore fiscale di ingresso" degli asset relativi ai comparti incorporati dai fondi istituiti da Gamma Sgr.

### **IMPOSTE INDIRETTE**

SPLIT PAYMENT: NOTA DI VARIAZIONE IN DIMINUZIONE IN CASO DI MANCATO PAGAMENTO DEL CORRISPETTIVO

Agenzia delle Entrate, risposta a interpello 25 ottobre 2024, n.  $210\,$ 

L'Agenzia delle Entrate, nella risposta n. 210/2024, ha chiarito che, in regime di scissione dei pagamenti (c.d. split payment), il cedente può emettere una nota di variazione in diminuzione anche oltre il termine di un anno previsto dall'art. 26, comma 3, d.P.R. IVA laddove il corrispettivo non sia stato incassato ed il cessionario non abbia anticipato l'esigibilità dell'imposta.

Nel caso oggetto di interpello l'istante, la società Alfa, riferisce di avere emesso una fattura nei confronti di una società Beta in regime di scissione dei pagamenti *ex* art. 17-*ter*, d.P.R. IVA. Decorso più di un anno dalla emissione della fattura è sopravvenuta la necessità di emettere una nota di credito per rettificare l'importo originariamente fatturato. L'istante ritiene di poter emettere la suddetta nota dal momento che, a suo avviso, la prassi in tema di scissione dei pagamenti ha stabilito una deroga alla regola generale prevista dall'art. 26, comma 3, d.P.R. IVA.

L'Agenzia delle Entrate ha preliminarmente rammentato che l'art. 26, d.P.R. IVA disciplina, ai commi 2 e 3, le rettifiche dell'imponibile o dell'imposta qualora un'operazione per la quale sia emessa fattura, successivamente alla sua registrazione, venga meno in tutto o in parte ovvero se ne riduca l'ammontare imponibile.

L'Agenzia ha, quindi, evidenziato che tale previsione deve essere coordinata con le norma che disciplinano il meccanismo della scissione dei pagamenti (c.d. split payment) ossia l'art. 17-ter, d.P.R. IVA che prevede che per le cessioni di beni e per le prestazioni di servizi effettuate nei confronti di Amministrazioni pubbliche, per le quali i cessionari o committenti non sono debitori d'imposta ai sensi delle disposizioni in materia d'IVA, l'imposta è in ogni caso versata dai medesimi secondo modalità e termini fissati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze. In tale evenienza i cessionari/committenti destinatari di una fattura emessa in regime di scissione dei pagamenti pur non assumendo la qualifica di debitori d'imposta versano l'IVA, loro addebitata nelle relative fatture, direttamente all'erario anziché allo stesso fornitore, scindendo quindi il pagamento del corrispettivo dal versamento della relativa

Tanto premesso, l'Agenzia ha richiamato, con riferimento alla fattispecie prospettata, i chiarimenti già resi con i suoi precedenti documenti di prassi nei quali è stato chiarito che l'esigibilità differita dell'imposta collegata al pagamento del corrispettivo comporta che, in caso di mancato pagamento in tutto o in parte del corrispettivo l'imposta non diviene esigibile in tutto o in parte, benché l'operazione sia stata fatturata. In tale ipotesi occorre effettuare nei registri IVA opportune rettifiche, apportando le necessarie annotazioni in diminuzione.

In altri termini, ha osservato l'Agenzia, data l'esigibilità dell'IVA al momento del pagamento, non trova applicazione, nella fattispecie, il c.d. principio di cartolarità

dell'imposta secondo cui "se il cedente o prestatore indica nella fattura i corrispettivi delle operazioni o le imposte relative in misura superiore a quella reale, l'imposta è dovuta per l'intero ammontare indicato o corrispondente alle indicazioni della fattura.

Dal momento, quindi, che nel caso di scissione dei pagamenti, l'esigibilità dell'IVA è collegata al pagamento del corrispettivo nel caso in cui il medesimo non si perfezioni. in tutto o in parte, l'imposta non diviene esigibile, in tutto o in parte, nonostante l'operazione sia stata fatturata. Ne consegue che la variazione operata dal cedente/prestatore assume una funzione sostanzialmente contabile, nel senso che è sufficiente effettuare nei registri IVA le opportune rettifiche, previa emissione della nota di variazione, nonostante sia decorso l'anno dall'emissione della fattura. Tali indicazioni presuppongono che il cessionario/ committente non si sia avvalso della facoltà di anticipare (nonostante il mancato versamento del corrispettivo) l'esigibilità dell'imposta al momento della ricezione della fattura o al momento della registrazione della medesima. Diversamente, infatti, tornerebbe applicabile il limite temporale di un anno previsto dall'art. 26, comma 3, d.P.R. IVA.

Ciò posto, l'Agenzia ha osservato che, nel caso analizzato, nel presupposto che il corrispettivo non sia stato pagato e che il cessionario/committente non abbia optato per l'esigibilità dell'imposta anticipata, l'istante potrà procedere con l'emissione di una nota di variazione in diminuzione, ancorché sia decorso un anno dall'emissione della fattura originaria, secondo le modalità illustrate con la circ. 13 aprile 2015, n. 15/E secondo cui, quando la nota di variazione è in diminuzione, se la stessa si riferisce a una fattura originaria emessa in sede di "scissione dei pagamenti" o "split payment", la stessa dovrà essere numerata, indicare l'ammontare della variazione e della relativa imposta e fare esplicito riferimento alla suddetta fattura.

## Osservatorio europeo

a cura di Marco Stillo

### Fiscalità

Sul deposito tardivo di una domanda di registrazione e sull'emissione e contenuto delle fatture

Corte di Giustizia Ue 21 novembre 2024, causa C-624/23, "SEM Remont" EOOD contro Direktor na Direktsia "Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika" Varna pri Tsentralno upravlenie na Natsionalnata agentsia za prihodite

In data 21 novembre 2024, la Corte di Giustizia dell'Unione europea si è pronunciata nella causa C-624/23, "SEM Remont" EOOD contro Direktor na Direktsia "Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika" Varna pri Tsentralno upravlenie na Natsionalnata agentsia za prihodite, sull'interpretazione della Dir. 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto (di seguito: la "Direttiva IVA") (1) nonché del principio di neutralità dell'imposta sul valore aggiunto (IVA). Tale domanda era stata proposta nell'ambito di una controversia tra la "SEM Remont" EOOD (di sequito: la "SEM") e il Direktor na Direktsia "Obzhalvane i danachnoosiguritelna praktika" Varna pri Tsentralno upravlenie na Natsionalnata agentsia za prihodite (direttore della direzione "Ricorsi e pratiche in materia tributaria e di sicurezza sociale", competente per la città di Varna, presso l'Agenzia nazionale delle entrate) vertente sul rifiuto di quest'ultimo di concedere a tale società il diritto alla detrazione dell'IVA. In data 4 agosto 2020, la SEM aveva concluso un contratto con la Gidrostroy - Russia OOD (di seguito: la "Gidrostroy") affinché quest'ultima realizzasse lavori di dragaggio nella zona acquatica del porto di Varna. Nel 2015, pertanto, la Gidrostroy aveva emesso due fatture all'attenzione della SEM riguardanti i lavori effettuati in esecuzione di tale contratto ma, non essendo registrata ai fini dell'IVA in Bulgaria, aveva omesso di indicarla. Dopo aver depositato la propria domanda di registrazione ai fini dell'IVA in data 26 novembre 2020, la Gidrostroy era stata assoggettata ad un controllo fiscale che aveva consentito di accertare che tale società aveva superato, a partire dal 9 dicembre 2019, la soglia di fatturato imponibile prevista dallo zakon za danak varhu dobavenata stoynost (legge relativa all'imposta sul valore aggiunto; di seguito: lo "ZDDS"), che giustificava la sua registrazione ai fini dell'IVA, e che pertanto essa avrebbe pertanto dovuto depositare una domanda di registrazione entro il 16 dicembre 2019. Non avendo soddisfatto tale obbligo, la Gidrostroy era quindi stata ritenuta debitrice dell'IVA sulle cessioni che comportavano il superamento di tale soglia per il periodo che andava dal 9 dicembre 2019 fino alla data della sua registrazione effettiva, ossia l'11 dicembre 2020. In tale data, l'amministrazione tributaria aveva ingiunto alla Gidrostroy di liquidare l'IVA sulle operazioni imponibili dovuta per tale periodo e di redigere un verbale, che quest'ultima le aveva notificato in data 29 giugno 2021. Successivamente, la EIS Stroitelna kompania (di seguito: la "EIS"), rappresentante della Gidrostroy in Bulgaria, il cui conto bancario veniva utilizzato per il pagamento delle sue obbligazioni tributarie, aveva concluso con la SEM un contratto con cui quest'ultima le aveva accordato un prestito per un importo identico a quello dell'IVA indicato nel verbale, dovuto in base alle due fatture del 2015, che era stato effettivamente utilizzato dalla EIS per assolvere presso l'Erario bulgaro l'IVA in questione. Di conseguenza, la SEM aveva iscritto nel suo registro degli acquisti e nella dichiarazione dell'IVA, per il periodo d'imposta del mese di dicembre 2021, un diritto a detrazione basato sul verbale. L'amministrazione tributaria, tuttavia, aveva constatato che, alla data di emissione di tale verbale, il fatto generatore dell'obbligo tributario non si era verificato e che, di conseguenza, l'IVA non era esigibile, negando alla SEM il diritto alla detrazione dell'IVA in questione. Di conseguenza, la SEM aveva proposto ricorso dinanzi all'Administrativen sad - Varna (Tribunale amministrativo di Varna; 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 sottoporre alla Corte di Giustizia tre questioni pregiudiziali. Con la sua questione, il giudice del rinvio chiedeva se la Direttiva IVA debba essere interpretata nel senso che essa osta alla normativa di uno Stato Membro in conformità alla quale il destinatario di una cessione soggetta all'IVA è privato del diritto a detrarre tale imposta, previsto dalla direttiva stessa, nel caso in cui il fornitore, da una parte, non abbia adempiuto l'obbligo, previsto dalla normativa nazionale, di depositare una domanda di registrazione ai fini dell'IVA e abbia emesso all'attenzione del destinatario fatture che non indicano l'IVA e, dall'altra, abbia redatto, nel corso di una verifica fiscale, un verbale che indicava tale IVA e in cui detto fornitore era presentato anche in qualità di destinatario di detta cessione. Nel rispondere, la Corte ha preliminarmente rilevato che il verbale redatto dalla Gidrostroy, in cui veniva indicato che tale società era sia fornitrice sia destinataria dell'operazione in questione, e che era stato rilasciato non già alla SEM e bensì all'amministrazione tributaria nel corso di una verifica da essa effettuata, non può essere assimilato ad un contratto tra le parti, che può essere considerato una fattura, ai sensi dell'art. 203 (2) della Direttiva IVA, qualora contenga tutte le informazioni necessarie affinché l'amministrazione finanziaria di uno Stato Membro possa stabilire se sono soddisfatti i requisiti sostanziali del diritto a detrazione

<sup>(1)</sup> G.U.U.E., L 347 dell'11 dicembre 2006.

<sup>(2)</sup> L'art. 203 della Direttiva IVA dispone: "... L'IVA è dovuta da chiunque indichi tale imposta in una fattura...".

dell'IVA (3). Nel caso concreto, inoltre, l'IVA non era stata assolta dalla SEM, e non era da essa dovuta. L'amministrazione tributaria, infatti, aveva constatato che le fatture in questione erano state emesse per un'operazione successivamente effettuata dalla Gidrostroy, la cui destinataria era la società ES BILD, costituita tra la SEM e la EIS. Tale constatazione non è rimessa in discussione dall'esistenza di un contratto di prestito avente ad oggetto l'importo per il quale la detrazione dell'IVA era stata negata alla SEM, concluso tra quest'ultima e la EIS in qualità di rappresentante della Gidrostroy, dato che un contratto di tal genere non costituisce un obbligo, a carico della SEM, di pagare l'IVA al fornitore e non costituisce rettifica delle fatture emesse dalla Gidrostroy all'attenzione di quest'ultima. Tutto ciò premesso, la Corte ha ritenuto non necessario rispondere alla seconda questione, con la quale il giudice del rinvio chiedeva se il diritto a detrazione dell'IVA sorga al momento dell'emissione della fattura che non indica tale imposta oppure al momento della redazione del verbale da parte del fornitore. Con la terza questione, infine, il giudice del rinvio chiedeva se la Direttiva IVA e il principio della neutralità dell'IVA debbano essere interpretati nel senso che ostano alla normativa di uno Stato Membro che esclude la possibilità di rettificare una fattura nel caso in cui, da una parte, quella che il fornitore ha consegnato al destinatario di una cessione assoggettata all'IVA non indichi tale imposta e, dall'altra, in occasione di una verifica fiscale riquardante tale fornitore, quest'ultimo abbia redatto un verbale che menziona l'IVA e presenta tale fornitore anche come destinatario della cessione in parola. Nel rispondere, la Corte ha preliminarmente ricordato che il meccanismo di rettifica delle detrazioni indebite dell'IVA previsto dalla relativa Direttiva non è applicabile quando la detrazione è stata operata inizialmente in mancanza di qualsiasi diritto in proposito (4). L'impossibilità di rettificare i documenti fiscali, nel caso in cui l'eliminazione del rischio di perdita di gettito fiscale è definitiva, inoltre, non è necessaria al fine di garantire la riscossione dell'IVA ed evitare la frode (5). A tale riguardo, mentre non sussiste alcun rischio di perdita di gettito fiscale laddove tanto il prestatore quanto il destinatario dei servizi in parola abbiano pagato l'IVA, e dunque la riscossione di tale imposta da parte dell'amministrazione tributaria abbia avuto luogo due volte, ciò non si verifica nel caso concreto, in quanto l'IVA non era stata pagata a monte dalla SEM e non era da essa dovuta. Tutto ciò premesso, la Corte di Giustizia ha pertanto statuito che:

"La direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, come modificata dalla direttiva 2010/45/UE del Consiglio, del 13 luglio 2010, dev'essere interpretata nel senso che essa non osta alla normativa di uno Stato membro conformemente alla quale il destinatario di una cessione assoggettata all'imposta sul valore aggiunto (IVA) è privato del diritto a detrarre tale imposta, previsto dalla direttiva suddetta, nel caso in cui il fornitore, da una parte, non abbia adempiuto l'obbligo, previsto da detta normativa, di depositare una domanda di registrazione ai fini dell'IVA e abbia emesso, all'attenzione del destinatario, fatture che non indicano l'IVA, e, dall'altra, abbia redatto, nel corso di una verifica fiscale, un verbale che menziona l'IVA suddetta e in cui tale fornitore era presentato anche quale destinatario della cessione in parola.

La direttiva 2006/112, come modificata dalla direttiva 2010/45, e il principio della neutralità dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla normativa di uno Stato membro che esclude la possibilità di rettificare una fattura nel caso in cui, da una parte, la fattura che il fornitore ha consegnato al destinatario di una cessione assoggettata all'IVA non indicasse tale imposta e, dall'altra, in occasione di una verifica fiscale riguardante tale fornitore, quest'ultimo abbia redatto un verbale che menziona l'IVA e presenta tale fornitore anche come destinatario della cessione suddetta".

Sulle nozioni di "terreno edificabile" e di "fabbricato o frazione di fabbricato"

### Corte di Giustizia Ue 7 novembre 2024, causa C-171/23, Skatteministeriet contro Lomoco Development ApS e a.

In data 7 novembre 2024, la Corte di Giustizia dell'Unione europea si è pronunciata nella causa C-594/23, Skatteministeriet contro Lomoco Development ApS e a., sull'interpretazione dell'art. 12, par. 1, lett. a) e b), nonché dell'art. 135, par. 1, lett. j) e k), 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, da un lato, lo Skatteministeriet (Ministero danese delle Imposte) e, dall'altro, la Lomoco Development ApS, la Holm Invest Aalborg A/S, la I/S Nordre Strandvej Sæby (di seguito: la "NSS") e la Strandkanten Sæby ApS in relazione all'imposta sul valore aggiunto (IVA) da versare per la cessione di terreni provvisti di fondazioni di costruzioni ad uso abitativo. Nel corso del 2006, la NSS aveva acquistato un bene immobile utilizzato fino ad allora come campeggio, suddividendolo successivamente in diversi lotti su alcuni dei quali erano stati installati collegamenti per l'elettricità, l'acqua, il riscaldamento e le fognature. Sulla base di licenze edilizie che la NSS aveva ottenuto presso l'amministrazione competente, nell'autunno 2010 era iniziata la realizzazione di fondazioni su alcuni di detti lotti, i cui lavori erano stati completati prima del 1º gennaio 2011. Il 1º gennaio 2015, inoltre, la NSS aveva trasferito la proprietà di sedici lotti provvisti di fondazioni ad una società di diritto danese. Dopo che tali lotti erano stati venduti a privati, per cinque di essi era stata successivamente edificata una costruzione ad uso abitativo sulle fondazioni realizzate nel corso del 2010, mentre per altri otto lotti era stata edificata una costruzione ad uso abitativo, ma non sulle fondazioni suddette. Per i tre restanti lotti, infine, le fondazioni realizzate nel corso del 2010 sono tuttora presenti ma non vi è stata edificata alcuna costruzione. Tutto ciò premesso, nel 2017 lo SKAT (amministrazione tributaria danese) aveva ingiunto alla NSS di pagare l'IVA sulla cessione dei sedici lotti provvisti di fondazioni, ritenendo che essa costituisse una cessione di terreni

<sup>(3)</sup> CGUE 29 settembre 2022, causa C-235/21, Raiffeisen Leasing, punto 46.

<sup>(4)</sup> CGUE 11 aprile 2018, causa C-532/16, *SEB bankas*, punti 42-43.

<sup>(5)</sup> CGUE 23 aprile 2015, causa C-111/14, GST - Sarviz Germania, punto 39.

<sup>(6)</sup> G.U.U.E., L 347 dell'11 dicembre 2006.

edificabili. La NSS, pertanto, aveva impugnato tale decisione dinanzi al Landsskatteretten (Commissione tributaria nazionale), il quale aveva ritenuto che la cessione di tali lotti costituisse non già un'operazione soggetta all'IVA, e bensì un'operazione esente. Di conseguenza, il Ministero delle Imposte aveva proposto ricorso avverso la decisione della commissione tributaria nazionale dinanzi al Retten i Aalborg (Tribunale di Aalborg), il quale aveva a sua volta rinviato la causa dinanzi al Vestre Landsret (Corte regionale dell'Ovest; 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. 12 (7) della Direttiva IVA debba essere interpretato nel senso che un'operazione di cessione di un terreno provvisto, a tale data, esclusivamente di fondazioni di costruzioni ad uso abitativo costituisca una cessione di un "terreno edificabile" ai sensi di tale articolo. Nel rispondere, la Corte ha preliminarmente ricordato che, per quanto riguarda la portata della nozione di "terreni edificabili", la Direttiva IVA limita il potere discrezionale degli Stati Membri, che devono rispettare l'obiettivo perseguito dall'art. 135, par. 1, lett. k) (8), di tale direttiva, il quale mira ad esentare dall'IVA solo le cessioni di terreni non edificati che non sono destinati a supportare un fabbricato (9). La definizione della nozione di "terreni edificabili", inoltre, è limitata anche dalla portata di quella di "fabbricato", definita in modo molto ampio dal legislatore dell'Unione come comprendente qualsiasi costruzione incorporata al suolo (10). Di conseguenza, un terreno munito di una costruzione che deve essere qualificata come "fabbricato" ai sensi dell'art. 12 Dir. IVA non può essere qualificato come "terreno edificabile". Tutto ciò premesso, l'art. 12, par. 3, Dir. IVA prevede chiaramente che anche i terreni attrezzati rientrano nella nozione di "terreni edificabili" nei limiti in cui siano definiti tali dagli Stati Membri (11), Sebbene l'art, 12, par, 2, Dir, IVA definisca in modo molto ampio un fabbricato come "qualsiasi costruzione incorporata al suolo", inoltre, tale disposizione rinvia all'art. 12, par. 1, lett. a), della stessa direttiva, che si riferisce "alla cessione di fabbricati o di frazioni di fabbricato, effettuata anteriormente alla prima occupazione", di talché non si può concludere che semplici opere di allacciamento alle reti possano essere incluse nella nozione di "fabbricato" (12). Dal canto suo, infine, l'art. 135, par. 1, lett. j) (13), Dir. IVA prevede un'esenzione dall'IVA a favore delle cessioni di fabbricati diversi da quelli di cui all'art. 12, par. 1, lett. a), della stessa. Tali disposizioni, pertanto, operano una distinzione tra i vecchi fabbricati, la cui vendita non è, in linea di principio, soggetta all'IVA, e i fabbricati nuovi, la cui vendita è soggetta a tale imposta, sia essa effettuata nell'ambito di un'attività economica permanente oppure a titolo occasionale (14). Di conseguenza, fondazioni di costruzioni ad uso abitativo non possono essere qualificate come "fabbricato" o come "frazione di fabbricato", ai sensi dell'art. 12, par. 1, lett. a), Dir. IVA. Alla luce di guanto visto finora, la Corte di Giustizia ha perciò statuito che:

"L'articolo 12 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 un'operazione di cessione di un terreno provvisto, alla data di tale cessione, esclusivamente di fondazioni di costruzioni ad uso abitativo costituisce una cessione di un 'terreno edificabile', ai sensi di tale articolo".

b) la cessione di un terreno edificabile.

<sup>(7)</sup> L'art. 12, Dir. IVA dispone: "... Gli Stati membri possono considerare soggetto passivo chiunque effettui, a titolo occasionale, un'operazione relativa alle attività di cui all'articolo 9, paragrafo 1, secondo comma, e in particolare una delle operazioni seguenti: a) la cessione, effettuata anteriormente alla prima occupazione, di un fabbricato o di una frazione di fabbricato e del suolo pertinente;

Ai fini del paragrafo 1, lettera a), si considera 'fabbricato' qualsiasi costruzione incorporata al suolo.

Gli Stati membri possono determinare le modalità di applicazione del criterio di cui al paragrafo 1, lettera a), alla trasformazione di edifici, nonché il concetto di suolo pertinente.

Gli Stati membri possono applicare criteri diversi dalla prima occupazione, quali il criterio del periodo che intercorre tra la data di completamento dell'edificio e la data di prima cessione, oppure quello del periodo che intercorre tra la data di prima occupazione e la data della successiva cessione, purché tali periodi non superino rispettivamente cinque e due anni.

Ai fini del paragrafo 1, lettera b), si considerano 'terreni edificabili' i terreni, attrezzati o no, definiti tali dagli Stati membri...". (8) L'art. 135, Dir. IVA al par. 1, lett. k) dispone: "... Gli Stati membri esentano le operazioni seguenti:

<sup>(...)</sup> k) le cessioni di fondi non edificati diverse dalle cessioni di terreni edificabili di cui all'articolo 12, paragrafo 1, lettera b) ...".

<sup>(9)</sup> CGUE 30 settembre 2021, causa C-299/20, Icade Promotion, punti 34 e 50. (10) CGUE 30 settembre 2021, causa C-299/20, Icade Promotion, punto 51; CGUE 4 settembre 2019, causa C-71/18, KPC Herning, punto 54.

<sup>(11)</sup> CGUE 30 settembre 2021, causa C-299/20, Icade Promotion, punto 57.

<sup>(12)</sup> Ibidem, punto 58.

<sup>(13)</sup> L'art. 135, Dir. IVA al par. 1, lett. j) dispone: "... Gli Stati membri esentano le operazioni seguenti: ( )

i) le cessioni di fabbricati o di una frazione di fabbricato e del suolo ad essi pertinente, diversi da quelli di cui all'articolo 12, paragrafo 1,

<sup>(14)</sup> CGUE 9 marzo 2023, causa C-239/22, État belge e Promo 54, punto 20.

INDICE ALFABETICO DEGLI AUTORI		Stabilini Alessandra Avvocato in Milano e Ricercatore di Diritto	
Andreoni Martino		commerciale presso l'Università degli Studi di M Osservatorio di giurisprudenza di merito	ilano <b>103</b>
Avvocato in Milano		Osservatorio di giunspradenza di mento	103
Osservatorio di giurisprudenza di merito	103	Stillo Marco	
Bianconi Francesca		Avvocato in Milano e Bruxelles	
Assegnista di ricerca presso la Libera Università di Bolzano		Osservatorio europeo	116
Sulla rinuncia alle "mere pretese": finalmente la parola alle Sezioni Unite	21	Tina Andrea Professore ordinario di Diritto commerciale pres l'Università degli Studi di Milano	so
<b>Bini Mauro</b> Professore ordinario di Finanza Aziendale presso l'Università Bocconi		Contratto di acquisizione di società e tutela dell'acquirente	32
Il valore informativo di un prezzo non vincolante nella stima del valore di mercato	57	INDICE CRONOLOGICO	
Busani Angelo		DELLA GIURISPRUDENZA	
Notaio in Milano		DELLA GIONISPRODENZA	
Non soggetto a imposta il trasferimento d'azienda		Corte di Giustizia Ue	
mortis causa o effettuato per donazione, patto di famiglia e trust	5	21 novembre 2024, causa C-624/23	116
Osservatorio Consob	109	7 novembre 2024, causa C-171/23	117
Canzi Enrico Maria		Cassazione Civile	
Avvocato in Milano		19 novembre 2024, n. 29736	99
La responsabilità penale degli amministratori tra		13 novembre 2024, n. 29253	99
delega di funzioni e procura endoconsiliare in materia di sicurezza sul lavoro	73	28 ottobre 2024, n. 27789	99
TIA UI SICUI EZZA SUI IAVOIO	/3	24 ottobre 2024, n. 27565	100
De Carolis Vincenzo		22 ottobre 2024, n. 27283	100
Avvocato e Dottore di ricerca in Diritto e Tutela nell'Università di Roma "Tor Vergata"		16 settembre 2024, n. 24859	67
Il pignoramento (diretto e non "presso terzi") di		13 giugno 2024, n. 16477	19
quota di S.r.l. intestata a società fiduciaria secondo la Cassazione: dubbi e prospettive	85	26 febbraio 2024, n. 5053	31
Cahalli Massima		Cassazione Penale	C7
Gabelli Massimo Dottore commercialista in Milano		6 novembre 2024, n. 40682	67 112
Osservatorio fiscale	112		112
O' (( ) D 11		30 ottobre 2024, n. 39971	112
Giuffrè Romilda Avvocato in Napoli		Tribunale	
Osservatorio di giurisprudenza di legittimità	99	Venezia 11 novembre 2024	105
		Brescia 23 ottobre 2024	103
Grasso Giampaolo Avvocato in Milano		Milano 13 maggio 2024	107
Osservatorio Consob	109	Milano 27 marzo 2024	39
	105		
Nieddu Arrica Fabio			
Avvocato in Cagliari SGR socio di controllo e informazione contabile di		INDICE CRONOLOGICO	
gruppo	49	DELLA PRASSI	
Speranzin Marco		Agenzia delle Entrate	
Professore ordinario di Diritto commerciale press l'Università di Padova e Avvocato in Milano	0	Risposta a interpello 25 ottobre 2024, n. 210	114
Contratto di acquisizione di società e tutela		Risposta a interpello 23 ottobre 2024, n. 209	113
dell'acquirente	32	Risposta a interpello 18 ottobre 2024, n. 206	114

### Indici Le Società

Consob		Offerta al pubblico di prodotti e servizi di investim	ento
Delibera 12 giugno 2024, n. 23161	111	Disciplina	
Delibera 5 giugno 2024, n. 23140	110 109	Ordine di porre termine all'offerta abusiva (Delibera 12 giugno 2024, n. 23161 - <i>Osservatorio Consob</i> )	111
Delibera 21 marzo 2024, n. 23051	109	Prospetto	
INDICE ANALITICO		Offerta al pubblico ed esonero dal prospetto (Cass. 19 novembre 2024, n. 29736 - Osservatorio di giurisprudenza di legittimità)	99
Arbitrato		Regime fiscale	
Clausola compromissoria		Accertamento	
Disciplina		Disciplina	
Revoca dell'amministratore, diritto di controllo del socio e arbitrato (Trib. Venezia 11 novembre 2024 - Osservatorio di giurisprudenza di merito)	105	Integra il reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte la cessione effettiva del contratto di affitto d'azienda (Cass. Pen. 4 novembre 2024, n. 40308 - Osservatorio fiscale)	112
Azienda		Integra la dichiarazione fraudolenta la falsificazione di	
Affitto d'azienda		"mastrini" (Cass. Pen. 30 ottobre 2024, n. 39971 - Osservatorio fiscale)	112
Contratto		Imposte indirette	
Fitto di azienda e sfratto per morosità (Cass. 13 novembre 2024, n. 29253 - Osservatorio di giurispru-		Disciplina	
denza di legittimità)	99	Split payment: nota di variazione in diminuzione in	
Vendita e trasferimento		caso di mancato pagamento del corrispettivo (Agenzia delle Entrate, risposta a interpello 25 ottobre 2024, n. 210 - Osservatorio fiscale)	114
Imposte			114
Non soggetto a imposta il trasferimento d'azienda mortis causa o effettuato per donazione, patto di		Imposte sui redditi	
famiglia e trust, di A. Busani	5	Disciplina	
Valutazione Il valore informativo di un prezzo non vincolante nella		L'Agenzia fornisce ulteriori chiarimenti in materia di carried interest (Agenzia delle Entrate, Risposta a interpello 23 ottobre 2024, n. 209 - Osservatorio fiscale)	113
stima del valore di mercato, di M. Bini	57		113
Mercati finanziari		Tassazione applicabile in caso di fusione transfrontaliera (Agenzia delle Entrate, Risposta a interpello 18 ottobre 2024, n. 206 - <i>Osservatorio fiscale</i> )	114
Abuso di mercato		Registro delle imprese	
Informazioni privilegiate		·	
Abusi di mercato (Delibera 30 maggio 2024, n.	100	Cancellazione	
23131 - Osservatorio Consob)	109	Rapporti pendenti	
Consob		Sulla rinuncia alle "mere pretese": finalmente la parola alle Sezioni Unite (Cass. 13 giugno 2024, n.	
Poteri		16477), commento di <i>F. Bianconi</i>	19
Offerta al pubblico di strumenti finanziari (Delibera 21 marzo 2024, n. 23051 - Osservatorio Consob)	109	Società a responsabilità limitata	
00 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1		Quote	
Offerta al pubblico di prodotti finanziari		Pignoramento	
Disciplina  Divieto di offerta al pubblico di prodotti finanziari (Delibera 5 giugno 2024, n. 23140 - Osservatorio Consob)	110	Il pignoramento (diretto e non "presso terzi") di quota di S.r.l. intestata a società fiduciaria secondo la Cassazione: dubbi e prospettive (Cass. 16 settem- bre 2024, n. 24859), commento di <i>V. De Carolis</i>	67

Trasferimento		Gravi irregolarità nella gestione	
Contratto di acquisizione di società e tutela dell'acquirente (Cass. 26 febbraio 2024, n. 5053), commento di <i>M. Speranzin e A. Tina</i>	31	<b>Denuncia</b> Denuncia ex art. 2409 c.c. (Trib. Brescia, Sez. impr., 23 ottobre 2024 - Osservatorio di giurisprudenza di merito)	103
Start up innovativa		Patti parasociali	
Finanziamento dei soci Restituzione del finanziamento al socio receduto e postergazione (Trib. Milano 13 maggio 2024 Osser- vatorio di giurisprudenza di merito)	107	Disciplina Patto leonino e patto parasociale (Cass. 22 ottobre 2024, n. 27283 - Osservatorio di giurisprudenza di legittimità)	100
Società di capitali		Società di persone	
Amministratori e sindaci		Esdebitazione	
Responsabilità		Disciplina	
Responsabilità dei sindaci (Cass. 28 ottobre 2024, n. 27789 - Osservatorio di giurisprudenza di legittimità)	99	Criteri per la concessione del beneficio dell'esdebitazione (Cass. 24 ottobre 2024, n. 27565 - Osservatorio di giurisprudenza di legittimità)	100
Responsabilità penale  La responsabilità penale degli amministratori tra delega di funzioni e procura endoconsiliare in materia di sicurezza sul lavoro (Cass. Pen. 6		Unione europea	
		Fiscalità	
novembre 2024, n. 40682) commento di <i>E. M. Canzi</i>	67	Disciplina	
Direzione e coordinamento  Attività	67	Sul deposito tardivo di una domanda di registrazione e sull'emissione e contenuto delle fatture (Corte di Giustizia Ue 21 novembre 2024, causa C-624/23 - Osservatorio europeo)	116
SGR socio di controllo e informazione contabile di gruppo, (Trib. Milano, Sez. Impr., 27 marzo 2024), commento di <i>F. Nieddu Arrica</i>	39	Sulle nozioni di "terreno edificabile" e di "fabbricato o frazione di fabbricato" (Corte di Giustizia Ue 7 novembre 2024, causa C-171/23 - Osservatorio europeo)	117

### Indici Le Società

### Le Società

Mensile di diritto e pratica commerciale societaria e fiscale

#### **EDITRICE**

Wolters Kluwer Italia S.r.I. Via Bisceglie 66 20152 Milano

### INDIRIZZO INTERNET

www.edicolaprofessionale.com/lesocieta

### DIRETTORE RESPONSABILE

### REDAZIONE

Nadia D'Antoni, Ines Attorresi, Tania Falcone

### REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia S.r.I.

### **FOTOCOMPOSIZIONE**

Integra Software Services Pvt. Ltd.

### STAMPA GECA S.R.L

Via Monferrato, 54 20098 San Giuliano Milanese (MI)



Carta | A sostegno della gestione forestale responsabile FSC\* C007287

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze

### PUBBLICITÀ:



E-mail: advertising-it@wolterskluwer.com www.wolterskluwer.it

Via Bisceglie 66 20152 Milano

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 452 del 28 novembre 1981

a contributi, articoli ed argomenti trattati, scrivere o

telefono (02) 82476.570 e-mail: redazione.lesocieta.ipsoa@wolterskluwer.com

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc., scrivere o

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.I. Via Bisceglie 66 - 20152

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 -Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 310,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: 290 + Iva 4%

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 620,00 Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di

sottoscrizione: € 290.00

### MODALITÀ DI PAGAMENTO

Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a WKI s.r.l. Gestione Incassi oppure con bonifico bancario presso Banca Intesa Sanpaolo SpA sul conto IBAN: IT61M0306933684100000002208 intestato a Wolters Kluwer Italia Srl

Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista e l'anno di abbonamento

Prezzo copia: € 35,00

Arretrati: prezzo dell'anno in corso

#### DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodicc 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 pessi 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.

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 cancel-lazione 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 la revoca, nonché di proporre reclamo all'Autorità Garante per il trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 77 del per il trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 77 del Regolamento UE 679/2016.

Regolamento UE 6/9/2016. L'elenco aggiornato dei responsabili e delle persone autorizzate al trattamento è consultabile presso la sede di Wolters Kluwer Italia S.r.l. – Via Bisceglie 66 – 20152 Milano (MI).

# Breviaria Iuris *Più*Commentario breve al CODICE CIVILE

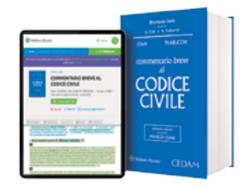




Breviaria Iuris *Più* è la nuova formula dei codici commentati CEDAM. Commenti brevi, risposte puntuali al caso concreto... oggi anche in digitale, costantemente aggiornati. Facili da individuare grazie alle evidenziazioni in colore.

Scopri la nuova edizione del **Commentario breve al CODICE CIVILE CARTA+DIGITALE con aggiornamento e tutti i vantaggi di Breviaria luris** *Più*.

L'indispensabile per il professionista.









# Experta Compliance&ESG

Esperta in conformità, leader in sostenibilità Chiara, Avvocato "Con EXPERTA Compliance&ESG ho gli strumenti per aiutare i miei clienti a perseguire gli obiettivi di sostenibilità ESG e conformità normativa".

Sostenibilità ESG e Compliance sono attività sempre più strategiche per Aziende, Enti pubblici e privati, Studi Professionali. Grazie a One LEGALE EXPERTA Compliance&ESG hai gli strumenti che ti aiutano a garantire la sostenibilità, con la nuova area operativa ESG a cura di BDO Italia, e la conformità normativa in materia di Anticorruzione, Antiriciclaggio, Responsabilità 231.

Guide pratiche, Action plan, Check list, Procedure operative, Codici commentati e molto altro, realizzati da professionisti esperti per fornirti un supporto d'autore.

Tutto questo è One LEGALE: molto più di una banca dati giuridica.





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

Torna al libro







