



MASSIME COMMISSIONE SOCIETÀ

198. Penali statutarie e liquidazione delle azioni in caso di riscatto o esclusione (artt. 2342, 2345, 2437-sexies, 2473-bis c.c.)

MASSIMA

Sono legittime le clausole statutarie che sanzionano l'inadempimento a taluni obblighi dei soci derivanti dallo statuto – anche diversi dagli obblighi di conferimento e/o dalle prestazioni accessorie ex art. 2345 c.c. – con prestazioni monetarie a carico del socio (che comportino quindi l'insorgere di un'obbligazione pecuniaria) oppure con una alterazione dei diritti sociali delle azioni o quote del socio inadempiente (quali ad esempio la conversione automatica in altra categoria azionaria o la sospensione o limitazione del diritto di voto) o con l'insorgere di obblighi di diversa natura (c.d. "penali statutarie").

Lo statuto può prevedere che le penali statutarie di natura pecuniaria siano abbinate a clausole di riscatto o di esclusione all'esito delle quali l'ammontare della liquidazione spettante al socio riscattato o escluso sia inferiore al valore derivante dall'applicazione dei criteri stabiliti dalla legge per il caso di recesso, con ciò verificandosi una compensazione del debito dovuto dal socio per la penale con il credito al medesimo spettante in virtù della liquidazione delle azioni o quote, nel rispetto dei criteri stabiliti dalla legge per il caso di recesso, e ferma restando la possibilità di riduzione della penale che sia ritenuta manifestamente eccessiva ai sensi dell'art. 1384 c.c.

MOTIVAZIONE

La massima risolve in senso positivo il quesito circa la legittimità di previsioni statutarie che impongano a carico del socio inadempiente penali di tipo risarcitorio e/o sanzionatorio per l'inosservanza di qualsiasi obbligo derivi dallo statuto e dunque anche diverso dagli obblighi di conferimento o di prestazioni accessorie.

L'introduzione di penali in statuto è coerente con il sistema che già conosce e regola negli artt. 2344 comma 2 e 2466 comma 3 c.c. inotresi di penale di carattere

regola, negli artt. 2371, comma 2, e 2399, comma 3, c.c.), ipotesi di penale di carattere risarcitorio *ex lege* quando afferma che la società, dichiarato decaduto (o, nella s.r.l., escluso) il socio moroso, trattiene le somme riscosse, così come quando prevede espressamente la sanzionabilità dell'inadempimento dell'obbligo di eseguire prestazioni accessorie (art. 2345 c.c.) e dell'inadempimento delle prestazioni di apporto di opera o di servizi gravanti sui sottoscrittori di strumenti finanziari (art. 2346, comma 6, c.c.).

Si può ancora ricordare che la possibilità consentita, nelle sole s.r.l., dall'art. 2473-*bis* c.c. di escludere il socio per giusta causa può essere appunto diretta (com'è frequente nella prassi) a sanzionare determinati comportamenti del socio in violazione di obblighi statutari.

Nelle s.p.a., invece, la figura del riscatto delle azioni può realizzare ipotesi di sanzione anche non pecuniaria a carico del socio inadempiente. Il riscatto, come già affermato dalla Commissione nella massima 153, opera al verificarsi di determinati presupposti individuati nello statuto, ma "non postula necessariamente esigenze sanzionatorie della società nei confronti del socio": ciò non toglie che la sua finalità potrebbe essere proprio questa, nel caso concreto. È d'altronde condivisa in dottrina l'opinione secondo la quale il riscatto può essere orientato al perseguimento di una pluralità di scopi.

Se dunque si giunge ad ammettere la sanzione estrema dell'esclusione o dell'acquisto coattivo, mediante esercizio di un diritto potestativo, *a fortiori* dev'essere accolta una più blanda penale diretta ad alterare i diritti sociali, che non faccia perdere lo *status* di socio in seno alla compagine.

Per la liceità di una penale non monetaria e consistente nell'alterazione dei diritti sociali depongono ancora la previsione della sanzione della sospensione del diritto di voto per il caso di mancata esecuzione dei conferimenti (artt. 2344, comma 4, e 2466, comma 4, c.c.) e la più ampia libertà concessa nella individuazione delle sanzioni per l'inadempimento delle prestazioni accessorie, nonché di quelle per il caso di inadempimento delle prestazioni di apporto di opera o di servizi gravanti sui sottoscrittori di strumenti finanziari (ancora in questo senso nella legislazione speciale gli artt. 16, 110, 120, comma 5, 122, comma 4, TUF e 24 TUB, ove il superamento di un determinato tetto di partecipazione o la violazione di obblighi di comunicazione comportano, tra l'altro, la sospensione del voto).

In definitiva la funzione della penale statutaria potrà essere risarcitoria e/o sanzionatoria, ove abbia natura pecuniaria o comunque comporti l'obbligo di eseguire una prestazione di contenuto patrimoniale, o solo sanzionatoria nelle varie ammissibili ipotesi in cui comporti un'alterazione dei diritti sociali del destinatario.

Non si vedono pertanto ostacoli di carattere sistematico ad estendere l'utilizzo della penale ad ogni ipotesi d'inadempimento dei doveri statutari (e pertanto in conseguenza di comportamenti colposi o dolosi del socio, e non di impossibilità sopravvenuta incolpevole della prestazione, e nemmeno nei casi di interdizione, inabilitazione, di perdita di requisiti per circostanze indipendenti dalla volontà del socio) così come a configurarne ampiamente il contenuto anche attraverso l'alterazione dei diritti del socio. In effetti sono state prospettate in dottrina e nella prassi varie ipotesi applicative

socio. In effetti sono state prospettate in dottrina e nella prassi varie ipotesi applicative di penale statutaria quali ad esempio: (i) in presenza di una clausola di *tag along*, allorché il terzo si rifiuti di acquistare le partecipazioni della minoranza che abbia deciso di avvalersi di detta clausola, l'obbligato, socio di maggioranza, potrebbe essere tenuto al pagamento di una penale; (ii) quale sanzione della violazione di un divieto di concorrenza previsto dallo statuto o di obblighi statuari di riservatezza; (iii) in una variante della clausola di *roulette* russa (si veda la massima 181 della Commissione), che si attiva laddove il socio tenuto all'acquisto delle azioni dell'altro socio non adempia: in tal caso all'altra parte può essere consentito acquistare una partecipazione di misura tale da superare lo stallo per un corrispettivo ridotto a titolo di penale rispetto a quello che deriverebbe dall'applicazione delle norme sulla liquidazione della partecipazione in caso di recesso.

Pur avendo una differente natura, si può inoltre pensare a una clausola statutaria di s.r.l., in tema di recesso del socio nei casi regolati dall'art. 2469, comma 2, c.c., in forza della quale, anziché precludere il recesso per i primi due anni, lo si potrebbe subordinare al pagamento di una penale.

Come si accenna nella massima, l'alterazione dei diritti sociali potrebbe avere ad oggetto anche la sospensione o la limitazione dei diritti di voto ed essere realizzata anche attraverso la conversione automatica delle partecipazioni in altra categoria: essendovi una previsione programmatica, detta penale può essere introdotta nello statuto con l'ordinaria maggioranza qualificata, ma non potrà operare nei confronti del socio che si trovi già in una situazione che potrebbe dare immediatamente luogo alla conversione. A ben vedere, questa conclusione dev'essere estesa a tutte le ipotesi di penale statutaria: laddove un socio sia già inadempiente nell'obbligazione che la attiva, l'eventuale introduzione della clausola sarà efficace solamente per gli inadempimenti successivi a tale momento.

La massima prospetta inoltre l'opportunità che la penale possa sommarsi e non necessariamente porsi come alternativa a un'altra sanzione, quale il riscatto delle partecipazioni dell'inadempiente o la sua esclusione: infatti le due comminatorie operano su piani distinti. Il riscatto e l'esclusione hanno una funzione punitiva e di protezione della società, che si libera del socio riottoso, mentre la penale ha finalità risarcitoria: la tutela della compagine sarà massima e consisterà nell'allontanamento forzoso del socio inadempiente, oltre al risarcimento del danno.

Questi ha comunque diritto ad un valore di liquidazione pari almeno a quello previsto per il recesso (artt. 2437-ter e 2473 c.c.), ma il suo soddisfacimento può seguire due vie alternative, ben diverse tra loro nell'ottica di protezione della società.

Il socio escluso o le cui partecipazioni siano state riscattate può prima riscuotere la somma e solo dopo pagare la penale, con evidente rischio per la società di dover intentare un giudizio per ottenerne il versamento. In alternativa, come ipotizzato nella massima, si può dar luogo ad una compensazione tra il debito derivante dalla liquidazione delle azioni o della quota e il credito da pagamento della penale (compensazione che peraltro potrebbe operare *ex lege* nella sussistenza dei relativi presupposti): inteso in questo senso vi può ben essere un ammontare della liquidazione da corrispondere al socio riscattato o escluso di valore inferiore a quello

liquidazione da corrispondere al socio riscattato o escluso di valore inferiore a quello prescritto dalla legge per il recesso.

Non sfugga infine che alla penale statutaria si applicano le norme generali in materia, in forza delle quali, in particolare, essa può essere ridotta in via equitativa dal giudice se la prestazione è stata parzialmente eseguita ovvero il suo ammontare è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore (la società) aveva all'adempimento.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Sul fatto che la penale possa avere un oggetto diverso dal denaro e prevedere un "fare", un "non fare" o un "dare" in natura (consistente nell'attribuzione della proprietà di un bene), in dottrina si sono espressi favorevolmente, tra gli altri, V. Roppo, *Il contratto*, 2a ed., in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano 2011, 927 e G. De Nova, *Le clausole penali*, in R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, 4a ed., Torino, 2016, 1094; si dichiara invece contrario M. Franzoni, *La clausola penale*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari – P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, III, *Obbligazioni II, Il contratto in generale*, Milano 2009, 675 ss.

Sulla finalità sanzionatoria del riscatto M. Maltoni, *Sulla riscattabilità delle quote di società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2019, 2, 149 ss., in cui si può leggere: "è condivisa l'affermazione, proposta dalla più autorevole dottrina in materia ben prima della riforma del 2003, per la quale l'istituto del riscatto può essere orientato al perseguimento di una pluralità di scopi, ed agire anche quale "sanzione da irrogare al socio in caso di inadempimento di prestazioni accessorie"; l'Autore, nel medesimo intervento, svolge anche un raffronto con lo scopo dell'esclusione, osservando che "la possibilità di prevedere una clausola statutaria di esclusione risponde all'interesse di tutelare l'investimento collettivo rispetto a vicende, volontarie (inadempimento ad obblighi statuari) o meno, che colpiscano i singoli soci e che siano capaci di influire sul rendimento economico dell'attività o sulle modalità di esercizio della stessa definite statutariamente". Osserva un simile *fil rouge* anche M.S. Spolidoro, *Clausole statutarie sanzionatorie dell'inadempimento degli obblighi assunti dai soci: dall'esclusione alla clausola penale*, in *S.r.l. artigiana e autonomia statutaria*, in *Quaderni del Notariato*, Milano, 2007, 156 ss.

L'Autore che sembra essersi maggiormente dedicato al rapporto tra esclusione e clausola penale è L. Barchi, *L'esclusione del socio nella società a responsabilità limitata*, in *Notariato*, 2006, 2, 149 ss., il quale si esprime come segue: "Si pone il problema se sia possibile prevedere una penale, a carico del socio escluso. In linea di principio ciò sembra possibile, nei limiti delle disposizioni di cui agli articoli 1382-1384 c. c. e sempre che il caso di esclusione trovi fondamento in un inadempimento di un obbligo stabilito dalla legge o dall'atto costitutivo. Non sembra, infatti, conciliabile l'istituto della penale con comportamenti non colposi o dolosi del socio, quali quelli determinati dalla semplice impossibilità sopravvenuta della prestazione, ovvero nei casi di interdizione, di inabilitazione, di perdita di requisiti per circostanze indipendenti dalla volontà del socio etc. [...] La clausola penale, nella sua funzione classica di tipo risarcitorio, appare addirittura consigliabile negli atti costitutivi di società, in quanto volta a predeterminare l'ammontare del risarcimento del danno conseguente all'inadempimento delle obbligazioni poste in capo al socio dallo statuto o dalla legge, sollevando la società dal difficile onere della prova a riguardo. Si pensi al caso del socio che abbia divulgato notizie riservate o segrete relative al know-how della società ovvero che abbia trasgredito un obbligo statutario di non concorrenza. Nella maggioranza dei suddetti casi l'inadempimento determina un danno economico per la società, per cui la sanzione dell'esclusione temperata dall'obbligo di liquidare a valore pieno ex art. 2473 – 2473-bis il socio

concessione temperata dall'obbligo di liquidare a valore pieno ex art. 2473 - 2473 bis il socio inadempiente non appare assolutamente equa. Il socio escluso ex art. 2473-bis c.c., diversamente

da quello escluso nell'unico caso di esclusione ex lege previsto dall'art. 2466 c.c. per la mancata esecuzione dei conferimenti, ha, infatti, diritto all'integrale rimborso della partecipazione ex art. 2473 terzo comma. La previsione della penale, eventualmente sotto forma di riduzione del valore di liquidazione della partecipazione del socio escluso, salvo in ogni caso il diritto al risarcimento al maggior danno, costituisce dunque, in tali casi, un mezzo alquanto efficace ed immediato per tutelare la società. [...] È [...] possibile avere le seguenti ipotesi ordinate secondo gravità: 1. esclusione + penale; 2. esclusione senza penale; 3. penale senza esclusione". L'Autore affronta anche le questioni della maggioranza richiesta per l'introduzione della clausola e della possibilità di compensazione.

Si veda anche M. S. Desario, *L'esclusione del socio di s.p.a. per giusta causa*, in *Società*, 2009, 3, 269 ss.

Quanto al recesso in relazione alla penale F. Platania, *Diritto di recesso e clausola penale*, in *Le società*, 2004, 186, a commento di Cass. 10 luglio 2003, n. 10848 e L. De Angelis, *Il recesso nelle società a responsabilità limitata*, in *Impresa*, 2004, 5, 767 ss. (par. 5).

In tema di divieto di concorrenza Quesito n. 126-2015/I dell'Ufficio Studi del C.N.N., *S.r.l. e clausole sul divieto di concorrenza*.

Con riferimento alle prestazioni accessorie: G. Bertolotti, *Società con prestazioni accessorie*, Giuffrè, Milano 2008; G. Zagra, *Sanzioni per l'inadempimento dell'obbligo di prestazioni accessorie*, in *Società*, 1996, 12, 1413 ss.; V. Salafia, *Natura del rapporto tra società e socio titolare di azioni con prestazioni accessorie*, in *Società*, 2001, 2, 183 ss.; in giurisprudenza, App. Lecce 9 settembre 1996 e Cass. civ. Sez. I, 8 novembre 2000 n. 14523.

Relativamente alla co-vendita P. Divizia, *Clausole statutarie di covendita e trascrinamento*, in *Notariato*, 2009, 2, 157 ss. (par. 3).

Infine, per il peculiare caso della clausola penale di spargimento P. Divizia, *Patto parasociale di russian roulette*, in *Le Società*, 2018, 4, 448 ss., nota 6, il quale la definisce come la clausola "finalizzata a rafforzare – in ragione del carattere fortemente punitivo – l'obbligazione di acquisto della partecipazione interessata dalla clausola russian roulette. In tale caso, di fronte ad un inadempimento all'acquisto della partecipazione sindacata, all'altra parte è riconosciuto espressamente il diritto di acquistare dalla parte inadempiente, che sarà irrevocabilmente obbligata a vendere, una porzione della partecipazione di quest'ultima tale da consentire alla prima di raggiungere una soglia percentuale di capitale sociale sufficiente a garantirle il controllo assembleare ex art. 2359 c.c.; il prezzo del trasferimento di tale porzione viene ex ante stabilito in misura pari al valore nominale delle azioni oggetto della compravendita".

Deduca l'ammissibilità di una penale statutaria con funzione punitiva, anziché risarcitoria, in diverse sue declinazioni (specialmente se irroga sanzioni non monetarie), da una qualificazione in tal senso delle fattispecie previste dalla legislazione speciale, che contemplano la sospensione del diritto di voto in caso di inadempimento a taluni obblighi (artt. 16, 110, 120 comma 5, 122 comma 4 TUF e 24 TUB), P. Benazzo, *Le "pene civili" nel diritto privato d'impresa*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale* n. 279, 221 ss., Giuffrè, 2005. D'altronde si veda anche Cass. SS.UU., 5 luglio 2017 n. 16601 che ha mostrato un'apertura per i cd. *punitive damages*, in quanto oltre alla "preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria" il risarcimento (e dunque, se, pattuita a monte, la penale) ha adesso una "natura polifunzionale che si proietta verso più aree", tra cui quella sanzionatorio-punitiva, che "non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano". [Nota bibliografica a cura di Luca Arlati]