

ORIENTAMENTI 2023

A.B. – ESG E CLAUSOLE DI SOSTENIBILITÀ

A.B.1 - (LEGITTIMITÀ DELLE CLAUSOLE CHE PREVEDONO LO SVOLGIMENTO DI UNA ATTIVITÀ ECONOMICA CON CRITERI DIVERSI DA QUELLO DEL MASSIMO PROFITTO - 1° pubb. 10/23 – motivato 10/23)

Nel nostro ordinamento non sussiste alcuna disposizione positiva o principio di diritto che imponga agli amministratori di società lucrative di attuare l'oggetto sociale avendo riguardo al solo interesse dei soci alla massimizzazione dei profitti.

Al contrario, l'art. 41, comma 2, Cost. dispone che l'esercizio di una qualunque attività economica, ossia la ricerca di un profitto, non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

A quanto sopra consegue che sono legittime le clausole dell'atto costitutivo/statuto che, fermo restando quanto genericamente disposto dall'art. 41 Cost., dettano specifiche regole etiche e/o di sostenibilità che devono essere rispettate nella gestione della società, anche a scapito della massimizzazione dei profitti e della efficienza produttiva. Dette clausole integrano esclusivamente una modalità di perseguimento del fine di lucro senza aggiungere ad esso un ulteriore fine di utilità sociale, fine quest'ultimo di per sé estraneo al contratto di società come definito dall'art. 2247 c.c. e che pertanto non può essere inserito nell'oggetto sociale.

Motivazione

Nell'edizione 2023 della raccolta degli orientamenti è stato istituito il presente paragrafo A.B. dedicato ai temi ESG (*Environmental, Social, Governance*) e alle clausole sulla sostenibilità. L'Orientamento A.A.15 pubblicato nel 2022, che affrontava per primo tali argomenti, è stato quindi abrogato per motivi sistematici e qui trasferito con lievi modifiche e con la individuazione alfanumerica A.B.1.

Sono definite "clausole di sostenibilità" tutte le clausole statutarie che costituiscono espressione di ideali collettivi, valori sociali e principi etici, quali la protezione dell'ambiente, la promozione del lavoro, la cura e il benessere dei dipendenti e della collettività, e in generale di un impegno di salvaguardia dei diversi interessi non economici implicati nell'attività di impresa, potendosi le medesime declinare non solo sul piano della perimetrazione dell'attività che costituisce l'oggetto sociale, ma anche sul piano delle modalità di conseguimento dello stesso, con funzione di definizione delle linee di condotta degli amministratori sia in forma impositiva di strategie o categorie di operazioni, che in forma preclusiva delle stesse.

Dette clausole si differenziano dalla previsione statutaria "pura" di eterodestinazione di utili – legittima alla luce della giurisprudenza, sia di merito che di legittimità – poiché in esse la sostenibilità, come sopra definita, colora e informa di sé l'operato degli amministratori, assurgendo a criterio di qualificazione [per la giurisprudenza in tema di previsione statutaria pura di eterodestinazione degli utili cfr. Tribunale di Perugia 26 aprile 1993: "Può essere introdotta a maggioranza una clausola statutaria che imponga all'assemblea la destinazione di una parte degli utili netti annuali in beneficenza, quando essa non sia incompatibile con lo scopo di lucro, desumibile dallo statuto nel suo complesso, e la prevista eterodestinazione degli utili sia giustificata dallo scopo di promuovere, anche indirettamente, l'immagine della società"; Cassazione 11 dicembre 2000, n. 15599: "la fusione per incorporazione tra società di capitali, pur comportando effetti più pregnanti rispetto ad una modifica dell'atto costitutivo, deve essere deliberata dall'assemblea straordinaria delle società che vi partecipano, con le maggioranze all'uopo previste, e non all'unanimità, a nulla rilevando che, come nella specie, lo statuto della società incorporante prevedeva una clausola di destinazione di una parte degli utili in beneficenza, giacché tale clausola non incide sulla comunione di interessi creata con il contratto sociale e non è idonea, in linea di principio, ad eludere lo scopo lucrativo perseguito dalla società"]..

Per effetto di tali clausole di sostenibilità i diversi interessi coinvolti nell'esercizio dell'attività di impresa finiscono per connotare le modalità di svolgimento della stessa, generando un circolo virtuoso che, tramite il bilanciamento dell'interesse dei soci alla massimizzazione del profitto con quelli degli *stakeholders*, integra il progresso sociale nel processo di sviluppo economico dell'impresa e consente nel lungo termine alla stessa di differenziarsi sul mercato, acquisire efficienza e aumentare le proprie competitività e produttività.

Ciò considerato, simili clausole statutarie di sostenibilità si ritengono legittime, anche in mancanza di adozione della qualifica di società benefit di cui all'art. 1, commi 376 e seguenti della L. 28 dicembre 2015 n. 208.

Infatti, se il dichiarato scopo della citata disciplina sulle società benefit è quello di "promuovere la costituzione e favorire la diffusione" di società che perseguano, nell'esercizio dell'attività economica, finalità di "beneficio comune", non può non ritenersi ammissibile il perseguimento di analoghe finalità senza che ad esso siano ricollegabili i vantaggi reputazionali derivanti dall'utilizzo della denominazione "società benefit", peraltro meramente facoltativo e, se abusivo, sanzionato ai sensi delle disposizioni in materia di pubblicità ingannevole e del codice del consumo.

In altri termini il perseguimento di finalità di beneficio comune è consentito, nei limiti di cui infra, a qualsiasi società lucrativa, ma solo quelle che adempiano gli oneri previsti dalla legge possono avvalersi della denominazione privilegiata.

Con riguardo al modello azionario, in relazione al quale la rigidità della struttura organizzativa circoscrive la possibilità che lo statuto attribuisca competenze gestorie agli azionisti, l'ammissibilità delle "clausole di sostenibilità" trova un doppio limite:

- sul piano funzionale, nel carattere produttivo dell'attività d'impresa e nello scopo lucrativo dell'iniziativa societaria, che non sono revocabili in dubbio dall'autonomia statutaria;
- sul piano endo-organizzativo, nel principio di esclusività della funzione gestoria che presidia il ruolo dell'organo amministrativo nella società per azioni, il quale non è riducibile a mera attuazione di un programma predefinito che identifichi una determinata attività nei singoli atti destinati a comporla.

Sono dunque ammissibili clausole statutarie che si limitino ad innestare interessi diversi nell'ambito della funzione lucrativa tipica dell'istituto societario nella misura in cui la seconda non ne risulti sostanzialmente compromessa (detto limite è stato evidenziato anche dalla giurisprudenza sopra citata, pur in tema di eterodestinazione "pura" degli utili).

Non si ritiene ammissibile, invece, la previsione, tra quelle che costituiscono l'oggetto sociale, di attività ideali che affianchino, seppure in modo non prevalente, quelle economiche.

Quindi il primo strumento di intervento statutario in funzione dell'inserimento di finalità di sostenibilità è l'agire sul piano della perimetrazione dell'attività economica che costituisce l'oggetto sociale. Tale perimetrazione ha l'effetto di vincolare l'organo gestorio in quanto pone una limitazione dei poteri dello stesso in relazione al disposto del art. 2380 bis c.c. (quantomeno sul piano interno, posto che nei rapporti esterni vige il principio di cui all'art. 2384, comma 2 c.c.).

Parallelamente alla perimetrazione dell'attività economica che costituisce l'oggetto sociale è possibile statutariamente operare in funzione della sostenibilità, ponendo limitazioni ai poteri gestori ex art. 2384, comma 2 c.c.. Entrambi tali strumenti concorrono a determinare complessivamente le prerogative gestorie dell'organo amministrativo, fermo il principio dell'esclusività dei poteri gestori in capo al medesimo organo. Non contraddice tale fondamentale principio della s.p.a. la possibilità che il compimento di specifici atti gestori sia eventualmente subordinato all'autorizzazione dell'assemblea ordinaria ex art. 2364, comma 1, n. 5) c.c., considerata la valenza meramente autorizzativa della stessa e ferma in ogni caso la responsabilità dell'organo gestorio per gli atti compiuti. Anche tale strumento potrà essere utilizzato per circoscrivere e modellare l'operatività dell'organo gestorio in funzione della sostenibilità.

Pertanto le clausole di sostenibilità possono essere declinate sul piano delle modalità di conseguimento dello stesso oggetto sociale, quali l'enunciazione dei principi etico-sociali che dovranno informare l'operato dell'organo amministrativo ovvero la definizione delle linee di condotta del medesimo organo, sia in forma impositiva che in forma preclusiva rispetto all'adozione di determinate strategie o categorie di operazioni.

Solo all'interno quindi della struttura così delineata opera il principio di esclusività della funzione gestoria. Tali clausole rappresentano, infatti, una "limitazione" statutaria ai poteri gestori dell'organo

amministrativo ex art. 2384, comma 2, c.c. – o, per meglio dire, disciplinano i poteri dell'organo amministrativo – e incidono dunque, nei soli rapporti interni, sulla responsabilità in capo allo stesso.

Dal punto di vista operativo in realtà tali clausole ampliano la discrezionalità dell'organo amministrativo, riconoscendo allo stesso la possibilità di definire strategie d'impresa volte al raggiungimento di un equilibrio tra i diversi interessi implicati nonché di assumere decisioni gestorie che non abbiano come obiettivo esclusivo quello di incrementare la redditività della partecipazione sociale e che, nel breve periodo, possano anche avere un impatto negativo sulla stessa, purché in un'ottica di complessiva crescita del valore della società (per tutte le considerazioni svolte e per ulteriori approfondimenti sul tema si rinvia a Marco Cian, "*Clausole statutarie per la sostenibilità dell'impresa: spazi, limiti e implicazioni*" in Riv. Soc., 2-3, 2021, 475 ss.).

Con particolare riguardo alla clausola di destinazione di utili a finalità di sostenibilità, è opportuno precisare che l'eterodestinazione deve comunque essere funzionale o correlata allo svolgimento dell'attività economica che costituisce l'oggetto sociale e che, avendo la decisione di effettiva destinazione di un determinato importo ad un determinato beneficiario carattere gestorio, all'assemblea dei soci può essere statutariamente consentito esclusivamente di subordinare la decisione gestoria medesima alla preventiva autorizzazione dell'assemblea ordinaria ai sensi dell'art. 2364, comma 1, n. 5 c.c. ovvero al rispetto di un limite massimo previsto dallo statuto (che, in analogia con quanto previsto dall'art. 2447-*bis* c.c. in tema di patrimoni destinati ad uno specifico affare nonché dall'art. 13 D. Lgs. n. 36/2021 in tema di società sportive professionistiche, potrebbe essere rappresentato dal 10% degli utili).

Per quanto riguarda la previsione nelle decisioni dell'organo amministrativo di integrazione degli interessi degli stakeholders o di obblighi di consultazione con gli stessi, resta inteso che tali obblighi assumono rilievo esclusivamente procedimentale senza poter giungere a imporre agli amministratori l'esecuzione di atti gestori, la cui decisione rimane necessariamente, così come la correlativa responsabilità, in capo all'organo amministrativo medesimo.

Infine è possibile prevedere requisiti di carattere etico per l'assunzione delle partecipazioni sociali. Tale clausola assume la qualifica di clausola di gradimento con la necessità che siano analiticamente indicati i requisiti di sostenibilità che deve rivestire il socio al fine di non spostare la clausola nell'ambito del gradimento mero.

A.B.2 - (SPA - CLAUSOLA DI DESTINAZIONE DI UTILI A FINALITÀ DI SOSTENIBILITÀ- 1° pubb. 10/23 – motivato 10/23)
È legittima la clausola statutaria che preveda la destinazione parziale di utili alla cura di interessi correlati alla natura dell'attività di impresa esercitata, a condizione che:

- la finalità ideale non assuma connotati idonei a pregiudicare lo scopo lucrativo dell'iniziativa;
- la destinazione e il relativo importo non siano predeterminati, essendo la funzione gestoria insuscettibile di essere ridotta a mera esecuzione di un progetto puntualmente determinato.

L'effettiva destinazione e l'importo da destinare saranno determinati dall'organo amministrativo sulla base degli utili risultanti dal bilancio di esercizio sottoposto all'approvazione dell'assemblea, nel rispetto del limite massimo fissato *ex ante* nella clausola statutaria di destinazione oppure previa autorizzazione dell'assemblea ordinaria ai sensi dell'art. 2364, comma 1, n. 5 c.c., se richiesta dalla medesima clausola statutaria.

Motivazione

Vedi sub A.B.1

A.B.3 - (SPA - INTEGRAZIONE DEGLI INTERESSI DEGLI STAKEHOLDERS NELLE DECISIONI DELL'ORGANO AMMINISTRATIVO -- 1° pubb. 10/23 – motivato 10/23)

Si ritiene legittima la clausola statutaria che imponga agli amministratori di tenere conto degli interessi degli *stakeholders* nella delineazione delle politiche d'impresa e nella loro concreta attuazione. Detta clausola, tuttavia, dovrà soddisfare requisiti di analiticità e specificità.

Motivazione

Vedi sub A.B.1

A.B.4 - (SPA - LEGITTIMITÀ DELLA CLAUSOLA STATUTARIA CHE IMPONGA AGLI AMMINISTRATORI OBBLIGHI DI CONSULTAZIONE CON GLI STAKEHOLDERS -- 1° pubb. 10/23 – motivato 10/23)

Si ritengono legittime le clausole statutarie che attribuiscono poteri di *voice* a determinati *stakeholders* mediante la previsione di luoghi di sistematica consultazione.

In tal senso è legittima la clausola statutaria che imponga agli amministratori di consultarsi con comitati esterni o *stakeholders* individuati nella fase istruttoria preliminare alla decisione amministrativa ed altresì che subordini il potere degli amministratori di porre in essere determinate tipologie di operazioni al consenso o al parere favorevole di un comitato esterno o di *stakeholders* individuati.

Motivazione

Vedi sub A.B.1

A.B.5 - (SPA - VALUTAZIONE DELLA PERFORMANCE DEGLI AMMINISTRATORI -- 1° pubb. 10/23 – motivato 10/23)

Si ritiene legittima la clausola statutaria che attribuisce ad un gruppo di esperti indipendenti la valutazione periodica della performance ambientale o sociale dell'impresa nonché quella che consente ai medesimi di determinare, in modo vincolante, una parte del compenso degli amministratori sulla base di dati parametri di sostenibilità delle politiche da questi adottate.

Motivazione

Vedi sub A.B.1

A.B.6 - (SPA - CLAUSOLA DI GRADIMENTO E SOSTENIBILITÀ DEI SOCI -- 1° pubb. 10/23 – motivato 10/23)

È legittima la clausola di gradimento che introduca dei requisiti di carattere etico per l'assunzione delle partecipazioni sociali purché non sia dotata di eccessiva genericità nell'individuazione di detti requisiti.

Motivazione

Vedi sub A.B.1

H.H. – SPA – RECESSO

H.H.15 - (DEROGABILITÀ DEL PROCEDIMENTO LEGALE IN CASO DI RECESSO PER CAUSE CONVENZIONALI - 1° pubbl. 9/20 - motivato 9/21 -modif. 10/23)

È legittimo che le eventuali clausole che ammettono il recesso per cause diverse da quelle legali determinino il valore di liquidazione delle azioni del socio receduto in maniera inferiore rispetto a quello che risulterebbe applicando i criteri legali previsti dall'art. 2437-ter c.c.

In tale ipotesi il minor valore di liquidazione conseguito dal socio assolve sostanzialmente alla funzione del corrispettivo per il diritto di recesso ammesso in via generale dall'art. 1373, comma 3, c.c.

Nelle ipotesi convenzionali di recesso e pure nelle due ipotesi codicistiche in cui il diritto di recesso è attribuito ai soci salva diversa disposizione dello statuto (fattispecie suppletive di recesso ai sensi dell'art. 2437, comma 2, c.c.) anche il procedimento di liquidazione delle azioni di cui all'art. 2437-*quater* c.c. può essere disciplinato, in massima parte, in base a criteri liberamente stabiliti dallo statuto stesso; pertanto, anche i termini di cui al comma 1 dell'art. 2437-*bis* c.c. e i termini di cui ai commi 2 e 5 del menzionato articolo 2437-*quater* c.c. (termine per l'esercizio del diritto di recesso, termine per l'offerta di opzione ai soci delle azioni del recedente, termine per l'esercizio del diritto di opzione, termine per il rimborso delle azioni del recedente) possono essere rimessi all'autonomia privata e liberamente determinati tramite apposite clausole statutarie (sia in senso peggiorativo sia migliorativo).

Per la relativa modifica statutaria si applicano i normali quorum stabiliti dalla legge o, se diversi, quelli stabiliti dallo statuto.

Deve intendersi, invece, precluso all'autonomia privata di intervenire sulle prescrizioni poste a presidio dell'integrità del capitale sociale, e dunque, finalizzate a tutelare interessi riferibili anche a soggetti terzi.

Motivazione

L'istituto del recesso, nell'ambito della disciplina societaria, ha assunto grande rilevanza ed interesse.

Prima della riforma del diritto societario dettata dal D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 6 il recesso, con riguardo alle società di capitali, costituiva un istituto di portata assolutamente marginale. Vigeva il principio della tassatività delle cause di riduzione del capitale, con conseguente inammissibilità di cause di recesso ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge. Ed il disfavore del sistema per il recesso era evidenziato sia dalla previsione di un esiguo numero di cause legali che dalla previsione di criteri (almeno per le società non quotate) penalizzanti per il rimborso (in base al bilancio dell'ultimo esercizio). Il sistema era votato più alla tutela dell'integrità del capitale sociale che alla tutela della posizione individuale del socio, contrariamente a quanto, invece, previsto per le società di persone.

A seguito della riforma è stata, invece, maggiormente valorizzata la posizione individuale dei soci, mediante un ampliamento delle possibilità di ricorrere al recesso; ed il recesso si è posto a tutela del socio, onde assicurargli una possibilità di «uscita» dalla società al venir meno delle condizioni che lo avevano indotto a investire (le azioni di spa non quotate, infatti, non sono facilmente negoziabili sul mercato).

Prima della legge di riforma, stante il rilevato disfavore del sistema per il recesso in genere, non era ammessa la previsione in statuto di cause convenzionali di recesso in quanto considerate lesive dell'integrità del capitale sociale. La legge di riforma segna, invece, l' "inversione" di tendenza, non solo con l'ampliamento delle cause legali di recesso (non sopprimibili) ma anche, e soprattutto, con la previsione della possibilità di prevedere in statuto ipotesi ulteriori di recesso oltre a quelle legali.

Ampio è lo spazio riservato all'autonomia privata sul punto.

A tal riguardo lo statuto può prevedere le ipotesi più varie:

(a) il recesso riconosciuto per il caso di mancato consenso a deliberazioni aventi determinati oggetti; ad esempio:

- la nomina o la revoca degli amministratori;
- l'approvazione del bilancio o la distribuzione degli utili;
- il trasferimento della sede in ambito nazionale (al di fuori della provincia o della regione);
- la delega all'organo amministrativo a deliberare l'aumento del capitale o l'emissione di obbligazioni convertibili.

(b) il recesso riconosciuto in dipendenza di eventi che prescindono dall'adozione di una delibera; ad esempio:

- negative *performances* della società;

- specifici fatti gestionali quali l'omesso rilascio di autorizzazioni per lo svolgimento di determinate attività o la loro revoca;

- il mancato rinnovo di determinati contratti sociali;
- la cessazione dalla carica per morte o rinuncia di determinati amministratori;
- l'alienazione di determinate attività o cespiti;
- la rottura di determinate alleanze commerciali;
- il mutamento della compagine sociale ed in particolare l'uscita dalla società di determinati soci;
- il dissidio insanabile o altre divergenze tra i soci, tra i quali la mancata approvazione del bilancio.

Tramite le clausole di recesso convenzionale può, pertanto, darsi rilievo ai mutamenti di fatti, circostanze e condizioni considerate essenziali dai soci o da alcuni di essi per la propria partecipazione.

Con riguardo alle cause convenzionali di recesso si è posta la questione della legittimità di una clausola di recesso "*ad nutum*". La dottrina maggioritaria ammette tale possibilità a condizione, peraltro, che sia previsto a carico del socio recedente l'obbligo di un preavviso non inferiore a 180 giorni (in applicazione del principio ricavabile dalle disposizioni sul recesso in caso di società contratta a tempo indeterminato). In questo senso si è espressa anche la dottrina notarile.

Le clausole statutarie di recesso convenzionale possono attribuire tale diritto:

- alla generalità dei soci, senza distinzioni di sorta,
- ovvero solo a taluni soci o categorie di soci; in quest'ultimo caso mediante la creazione di una categoria speciale di azioni ex art. 2348 c.c. che attribuiscono ai titolari il diritto di recesso convenzionale.

Il sempre maggior interesse per il recesso convenzionale, e la maggior diffusione del ricorso allo stesso negli statuti delle società di capitali, ha portato all'elaborazione del presente orientamento (e alla sua successiva integrazione) che affronta due tematiche distinte, seppur connesse: 1) la determinazione del valore delle azioni in caso di recesso convenzionale, ritenendo legittime, in questo caso, clausole che prevedano un valore di liquidazione del socio receduto inferiore rispetto a quello che risulterebbe applicando i criteri legali previsti dall'art. 2437-ter c.c. e che si giustificerebbe per il fatto che il minor valore di liquidazione conseguito dal socio assolve sostanzialmente alla funzione del corrispettivo per il diritto di recesso; 2) i margini di manovra dell'autonomia privata con riferimento alla disciplina del procedimento di liquidazione delle azioni nelle ipotesi di recesso per cause diverse da quelle legali.

Quanto alla prima questione v'è da segnalare che già la dottrina (anche in ambito notarile) aveva ammesso che nel caso di cause convenzionali di recesso fosse consentito prevedere criteri di determinazione del valore delle azioni diversi da quelli previsti dalla legge per le cause legali di recesso.

Più sfumata ed articolata sul punto appare la posizione assunta dalla giurisprudenza (Tribunale Roma, 15 gennaio 2020 n. 903) come si dirà in appresso.

L'orientamento in commento si caratterizza per aver individuato un limite legale alla libera determinazione del valore di recesso per cause convenzionali, limite che deriva dalla sua qualificazione come «corrispettivo» per il suo esercizio, trattandosi di una fattispecie analoga a quella disciplinata in via generale dall'art. 1373, comma 3, c.c., corrispettivo che in quanto tale può essere diminuito equamente dal giudice.

L'indirizzo maggioritario «giustifica» il recesso convenzionale accompagnato da clausole derogatorie, anche in senso peggiorativo per il socio rispetto al regime legale della liquidazione delle azioni, costituendo tale disciplina un opportuno "compromesso" tra una più ampia possibilità di "*exit*" del socio nel caso vengano meno condizioni ritenute essenziali alla sua partecipazione alla società con conseguente possibilità di disinvestimento, e la tutela dell'interesse della società alla protezione della propria integrità e stabilità patrimoniale

L'equilibrio fra l'interesse del socio e gli interessi dell'impresa si realizza, nel caso siano riconosciute al socio cause di recesso ulteriori rispetto a quelle di legge, nel riconoscimento sì della facoltà di recedere ma anche a condizioni economiche meno favorevoli di quelle legali, nell'ottica di un legittimo contemperamento e bilanciamento tra i contrapposti interessi: da un lato la concessione al socio di ulteriori occasioni di disinvestimento dall'altro la richiesta di un "prezzo" per avvalersi di tale opportunità .

Ma se il minor valore di liquidazione svolge la funzione di corrispettivo per l'esercizio del recesso convenzionale, nell'ottica di questo bilanciamento dei contrapposti interessi, resta fermo che la pur ampia autonomia statutaria riconosciuta dall'ordinamento in materia, non può spingersi sino ad annullare il valore di liquidazione ovvero a ridurre tale valore a livelli tali da non rispondere a criteri di equità e correttezza. Il valore delle azioni va pur sempre determinato avendo riguardo alla reale ed effettiva consistenza patrimoniale della società, e su questo valore andrà poi applicata la prevista "riduzione" che

fungerebbe, in questo caso, da “penale” per l’esercizio del recesso (al di fuori dei casi di legge insopprimibili).

Sul punto non può essere ignorata la posizione emersa in giurisprudenza (Tribunale Roma, 15 gennaio 2020 n. 903); per il Collegio romano, anche se riferita a ipotesi di recesso convenzionale è illegittima la clausola statutaria che preveda il rimborso delle azioni al loro valore nominale, anziché in base alla reale consistenza patrimoniale, in contrasto con l’art. 2437-ter c.c.: con la conseguenza che il valore delle stesse azioni, in mancanza di altri criteri individuati nello statuto in conformità alla legge, deve essere determinato ai sensi del comma 2 di detto articolo (... tenuto conto della consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali nonché dell’eventuale valore di mercato delle azioni).

Dal succitato provvedimento del Tribunale di Roma si possono quindi ricavare questi principi:

- la liquidazione della quota del socio receduto effettuata dalla società con riguardo al suo valore nominale è illegittima, in quanto fondata sulla previsione statutaria di un criterio di valutazione da ritenersi in contrasto con il disposto dell’art. 2437-ter c.c. (nelle società in perdita, poi, il valore nominale risulterebbe maggiore di quello effettivo e il suo riconoscimento al socio recedente integrerebbe un “patto leonino”);

- ex art. 2437-ter, comma 4, c.c., gli statuti possono prevedere criteri «diversi» di determinazione del valore di liquidazione, ma tali criteri debbono avere funzione integrativa rispetto a quelli del comma 2, diretta a pervenire ad una valutazione del valore reale della quota al momento del recesso;

- si deve dunque ritenere che lo statuto non possa prevedere criteri che prescindano dal valore reale della quota di partecipazione, riferendosi al valore meramente nominale, del tutto disancorato dall’effettiva consistenza patrimoniale della società;

- e tutto ciò non solo per le cause legali di recesso ma anche per le cause convenzionali.

Va prestata quindi molta attenzione e cura nel formulare le clausole sulla determinazione del valore di liquidazione in caso di recesso convenzionale al fine di evitare possibili contestazioni per violazione dei principi di correttezza ed equità, o per il divieto del “patto leonino”, ogni qualvolta il «corrispettivo» per l’esercizio del diritto di recesso convenzionale non appaia «proporzionato» al valore della controprestazione (consistente nel caso di specie nel riconoscimento del diritto di uscita dalla società).

Quanto, invece, alla seconda questione affrontata dall’orientamento in commento, va ricordato che con la riforma del 2003, il legislatore ha introdotto una puntuale ed articolata disciplina del procedimento di liquidazione delle azioni del socio recedente, contenuta nell’art. 2437-*quater* c.c., prevedendo quattro diverse modalità di rimborso, la cui mancata attuazione conduce allo scioglimento della società, graduate secondo un criterio di priorità successive, che privilegia, come è stato efficacemente sostenuto, le modalità che comportano la minore incidenza dell’onere del rimborso sul patrimonio sociale e sulla garanzia dei creditori.

Il legislatore, in altri termini, mira ad evitare il più possibile l’impatto del recesso sul patrimonio della società, prediligendo le modalità di liquidazione che comportano un esborso da parte dei soci o di terzi e prevedendo l’utilizzazione del capitale sociale come *extrema ratio*.

Poiché, dunque, il procedimento di liquidazione dettato dall’art. 2437-*quater* c.c. risulta volto a tutelare interessi anche di soggetti terzi, la dottrina maggioritaria ne afferma il carattere inderogabile, ritenendo, cioè, che ogni intervento dell’autonomia statutaria sul punto sia da considerarsi precluso.

Ciò precisato occorre dunque distinguere tra cause di recesso inderogabili e cause di recesso facoltative/statutarie.

Nelle ipotesi convenzionali di recesso (cause di recesso introdotte nello statuto nell’ambito dell’autonomia statutaria ai sensi dell’art. 2437, comma 4, c.c.) e pure nelle due ipotesi in cui il diritto di recesso è attribuito ai soci salva diversa disposizione dello statuto (fattispecie c.d. suppletive di recesso ai sensi dell’art. 2437, comma 2, c.c.) si ritiene infatti che lo statuto, potendo liberamente determinare il valore della liquidazione del socio recedente, a maggior ragione possa liberamente derogare alle previsioni relative al termine per il rimborso della partecipazione e che anche il procedimento di liquidazione delle azioni possa essere disciplinato, in massima parte, in base a criteri liberamente stabiliti dallo statuto.

L’eventuale deroga, per effetto dell’intervento dell’autonomia privata, ai criteri fissati dalla legge per le cause legali ed inderogabili di recesso si giustifica, in tal caso, in quanto la disciplina dettata dal c.c. appare principalmente accentrata sulla composizione del contrasto tra l’interesse del socio (solitamente di minoranza) di disinvestire la propria partecipazione sociale in determinati casi e l’interesse della maggioranza a proseguire l’attività sociale.

Resta ferma, reputata lecita una previsione statutaria dei termini diversa da quella legislativa in ipotesi rimesse all'apprezzamento dei soci, l'applicazione residuale di quanto previsto dal c.c. in mancanza di deroga convenzionale.

Inoltre, è da ritenere che la stessa disciplina prevista in tema di procedimento di liquidazione sia in qualche misura derogabile per via statutaria: così può essere modificata e/o invertita la sequenza dei passaggi della procedura di liquidazione, nel senso ad esempio di anteporre l'offerta a terzi o l'acquisto da parte della società all'offerta ai soci; oppure limitata solo ad alcune delle fasi previste *ex lege* (ad esempio escludendo la cessione a terzi).

Non sembra che tali conclusioni possano porsi in contrasto con il carattere inderogabile che la dottrina largamente prevalente riconosce al procedimento di liquidazione dettato dall'art. 2437-*quater* c.c., perché, deve intendersi, è precluso all'autonomia statutaria di intervenire sulle prescrizioni poste a presidio dell'integrità del capitale sociale, e dunque, finalizzate a tutelare interessi riferibili anche a soggetti terzi ma tale *ratio* non pare proprio sussistere, ad esempio, con riferimento ad eventuali limiti temporali per il rimborso della partecipazione (inderogabili in *peius* invece con riferimento alle cause inderogabili di recesso, in applicazione dell'art. 2437, comma, 6 c.c. che commina la nullità dei patti volti a rendere più gravoso l'esercizio del recesso nelle ipotesi in cui questo non può essere soppresso) o con l'ampliamento dei termini per l'esercizio del diritto di opzione o la riduzione dei termini per l'esercizio del diritto di recesso (pur nel rispetto del principio generale di cui all'art. 2965 c.c.).

Ne discende che sono da ritenersi, invece, sempre inderogabili le disposizioni dei commi 5 e 6 dell'art. 2437-*quater* c.c. stante il ruolo preponderante che gioca il ceto creditorio nell'ipotesi in cui il recesso, anche per cause diverse da quelle legali, finisce per comportare la riduzione del capitale sociale al fine del soddisfacimento economico del socio recedente.

I.H. – SRL – RECESSO ED ESCLUSIONE

I.H.14 - (DEROGA STATUTARIA AL TERMINE DI LIQUIDAZIONE DELLA PARTECIPAZIONE DEL RECEDENTE - 1° pubbl. 9/05 – modif. 10/23 – motivato 10/23)

Non è possibile derogare statutariamente al termine di centottanta giorni previsto dal quarto comma dell'art. 2473 c.c., per il rimborso della partecipazione al socio receduto.

Quanto sopra, ovviamente, con riferimento alle cause di recesso legali ed inderogabili, nulla ostando alla libera determinazione statutaria di modalità e termini diversi se riferiti ad ipotesi in cui il socio esercita il diritto di recesso invocando una causa convenzionale introdotta nello statuto ai sensi del comma 1, primo periodo, dell'art. 2473 c.c.

Deve intendersi, invece, precluso all'autonomia statutaria di intervenire sulle prescrizioni poste a presidio dell'integrità del capitale sociale, e dunque, finalizzate a tutelare interessi riferibili anche a soggetti terzi.

Motivazione

L'istituto del recesso, nell'ambito della disciplina societaria, ha assunto grande rilevanza ed interesse. Lo stesso legislatore della riforma, nella Relazione al D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, ha enfatizzato l'istituto come "lo strumento più efficace di tutela per il socio" e ha conseguentemente ampliato le possibilità di ricorrere al recesso da un lato incrementando, rispetto al sistema previgente, le cause legali di recesso, dall'altro, e soprattutto, autorizzando l'atto costitutivo a prevederne di ulteriori concedendo così ampi spazi all'autonomia statutaria. Il recesso è posto, quindi, a tutela del socio, onde assicurargli una possibilità di «uscita» dalla società nel caso in cui siano venute meno le condizioni che lo avevano indotto ad entrarvi ed è particolarmente importante in un tipo come la s.r.l. dove il disinvestimento per trasferimento si presenta non agevole in quanto la partecipazione è ben difficilmente negoziabile sul mercato.

Tale accentuato favor verso il socio recedente ha trovato tuttavia contrappeso nella considerazione degli interessi della società (o della maggioranza dei soci) e del principio di tutela dell'integrità del capitale sociale e quindi degli interessi dei creditori sociali che trovano sviluppo rispettivamente nel penultimo ed ultimo comma dell'art. 2473 c.c..

E' ormai pacifico, anche in base ad argomenti testuali, che le cause legali di recesso siano insopprimibili e che la stessa disciplina prevista dal legislatore nell'art. 2473 c.c. sia inderogabile se riferita appunto alle cause legali di recesso (pur se in materia di s.r.l. non viene ripetuta la disposizione dell'art. 2437, ultimo comma, c.c. che in materia di s.p.a. commina la nullità di ogni patto volto a rendere più gravoso l'esercizio del diritto di recesso). Diversamente si deve concludere con riferimento alle cause di recesso facoltative, stante l'ampia autonomia statutaria concessa dal legislatore. Ciò trova conferma testuale nella prima parte del comma 1 dell'art. 2473 c.c. ove è espressamente stabilito che l'atto costitutivo può individuare ipotesi (ulteriori a quelle legali enucleate dal successivo periodo) in cui il socio è legittimato a recedere dalla società ed è pure espressamente previsto che in tal caso l'atto costitutivo ne determina "le relative modalità".

Nelle ipotesi convenzionali di recesso (cioè quelle introdotte nello statuto nell'ambito dell'autonomia statutaria ai sensi dell'art. 2473, comma 1, primo periodo, c.c.), infatti, avuto riguardo alla natura degli interessi tutelati dalle norme disciplinanti i vari profili del procedimento, salvi divieti specifici e salvo il divieto generale comminato dall'art. 2965 c.c., l'autonomia è abbastanza ampia e quindi lo statuto può liberamente determinare il valore di liquidazione della quota del socio receduto in maniera inferiore rispetto a quello che risulterebbe applicando i criteri legali previsti dall'art. 2473 c.c. (cfr. Orientamento I.H.21), fissare termini finali per l'esercizio del recesso inferiori a quello di quindici giorni riveniente dall'applicazione analogica dell'art. 2437-bis c.c. e, pure, estendere il termine per il rimborso della partecipazione oltre i centoottanta giorni previsti dall'art. 2473 c.c..

Inoltre, è da ritenere che la stessa disciplina prevista in tema di procedimento di liquidazione sia in qualche misura derogabile per via statutaria: così può essere modificata e/o invertita la sequenza dei passaggi della procedura di liquidazione, nel senso ad esempio di anteporre l'offerta a terzi all'offerta ai soci; oppure può essere limitata solo ad alcune delle fasi previste *ex lege* (ad esempio escludendo la cessione a terzi).

In sostanza: in ipotesi di recesso esercitato in base ad una causa introdotta liberamente dall'atto costitutivo ogni alterazione anche in senso peggiorativo delle modalità di esercizio deve ritenersi consentita in quanto comunque rappresenta una concessione migliorativa per i soci rispetto al divieto di recesso per detta causa.

Resta fermo che, reputata lecita una previsione statutaria dei termini diversa da quella legislativa in ipotesi rimesse all'apprezzamento dei soci, resta comunque fermo il valore residuale di quanto previsto dal c.c. (anche in materia di s.p.a.) in mancanza di apposita regolamentazione convenzionale.

Deve intendersi invece precluso all'autonomia statutaria di intervenire sulle prescrizioni poste a presidio dell'integrità del capitale sociale, e dunque, finalizzate a tutelare interessi riferibili anche a soggetti terzi; in tale ottica è da ritenersi sempre inderogabile la disposizione della parte finale del comma 4 dell'art. 2473 c.c. stante il ruolo preponderante che gioca il ceto creditorio nell'ipotesi in cui - anche per cause di recesso diverse da quelle legali - la liquidazione al recedente risulti possibile solo attraverso la riduzione del capitale sociale, anziché mediante l'utilizzo di risorse di bilancio disponibili.

L.E. - PARTICOLARI FATTISPECIE DI FUSIONE O SCISSIONE

L.E.17 - (SCISSIONE O FUSIONE CONTABILMENTE NEGATIVA MA POSITIVA A VALORI CORRENTI - 1° pubbl. 10/23 – motivato 10/23)

Si ritiene ammissibile la scissione, anche non proporzionale, mediante l'assegnazione ad una o più beneficiarie (sia preesistenti che di nuova costituzione) di un insieme di elementi patrimoniali aventi valore contabile complessivo negativo qualora quello corrente sia positivo.

In tale ipotesi:

a) PER QUANTO RIGUARDA IL RAPPORTO DI CAMBIO, al pari di ogni altra scissione, lo stesso dovrà essere congruo sulla base dei valori correnti (cfr. orientamento L.D.1) e il concambio potrà essere soddisfatto:

- nel caso di beneficiaria preesistente, alternativamente:

1. attraverso la redistribuzione delle sue partecipazioni senza aumento di capitale;
2. attraverso l'emissione di nuove partecipazioni prive di valore nominale (per le spa con tali tipi di azioni e per le srl – vedi orientamenti L.A.24 e L.A.25);
3. attraverso l'emissione di nuove partecipazioni derivanti da un aumento di capitale gratuito con utilizzo di riserve disponibili, ove quelle post-scissione siano capienti una volta contabilizzate le passività assegnate;
4. attraverso l'emissione di nuove partecipazioni derivanti da un aumento di capitale gratuito con utilizzo, per la parte non coperta da riserve disponibili, dell'imputazione ad elementi dell'attivo e del passivo del disavanzo da concambio che emergerà ai sensi dell'art. 2504-*bis*, comma 4, c.c. (imputazione che nel caso di società di capitali dovrà essere sorretta da una specifica perizia);

- nel caso di beneficiaria di nuova costituzione, esclusivamente:

1. mediante l'emissione delle nuove partecipazioni che deriveranno dalla determinazione del capitale della beneficiaria in misura non superiore al valore corrente del patrimonio assegnato dalla scissa (al netto dell'eventuale avviamento non acquistato a titolo oneroso), in conformità con quanto previsto dall'art. 2504-*bis*, comma 4, c.c. per l'ipotesi dell'emersione di un disavanzo (valore che nel caso di società di capitali dovrà essere sorretto da una specifica perizia);

b) PER QUANTO RIGUARDA L'ISCRIZIONE NEL BILANCIO DELLA BENEFICIARIA DEGLI ELEMENTI ATTIVI E PASSIVI AD ESSA ASSEGNATI, al pari di ogni altra scissione, si applicherà il disposto dell'art. 2504-*bis*, comma 4, c.c., pertanto gli stessi verranno iscritti ai valori risultanti dalle scritture contabili della scissa alla data di efficacia della scissione, conseguentemente:

- nel caso di beneficiaria preesistente:

1. ove abbia riserve in grado di assorbire le passività assegnate e di coprire il capitale sociale post-scissione, si ridurrà il patrimonio netto senza emersione di un disavanzo (salva l'ipotesi che ne emerga uno da annullamento);
2. ove non abbia le riserve necessarie per coprire il capitale sociale post-scissione (cfr. orientamento L.E.9), emergerà un disavanzo da concambio da imputare agli elementi dell'attivo e del passivo con conseguente aumento dei valori contabili;

- nel caso di beneficiaria di nuova costituzione:

1. emergerà sempre un disavanzo da imputare agli elementi dell'attivo e del passivo con conseguente rideterminazione del patrimonio contabile.

Il presente orientamento deve ritenersi applicabile, per identica *ratio*, anche all'ipotesi della fusione laddove l'incorporante riceva un patrimonio contabile negativo ma reale positivo.

Motivazione

L'orientamento in commento sostituisce l'abrogato orientamento L.E.1 al fine di distinguere l'ipotesi della scissione o fusione negativa a valori contabili ma positiva a valori correnti, contemplata in questo nuovo orientamento, da quella della scissione o fusione negativa a valori correnti, ammessa in ipotesi limitate nel nuovo orientamento L.E.18.

Con l'espressione fusioni o scissioni "negative" si indicano normalmente tutte quelle operazioni di aggregazione o disgregazione di società caratterizzate dalla presenza di compendi patrimoniali negativi, ossia da un insieme di elementi attivi e passivi la cui somma dia un valore negativo.

La negatività dei compendi patrimoniali può essere solo contabile o sia contabile che effettiva, mentre la negatività solo effettiva e non contabile costituisce un'ipotesi che fisiologicamente non dovrebbe

verificarsi in quanto i bilanci devono rappresentare in maniera veritiera la situazione patrimoniale della società.

La possibilità di realizzare tali operazioni non è pacifica e le diverse posizioni sono assai articolate e ricche di distinzioni, anche a causa delle molteplici fattispecie in cui si suddivide l'ampio "genere" delle fusioni e scissioni negative: fusioni contabilmente negative; fusioni effettivamente negative; fusioni proprie o per incorporazione tra società tutte negative; fusioni proprie o per incorporazione tra società positive e negative; scissione con scorporo di un patrimonio negativo da una scissa che diviene positiva; scissioni con scorporo di un patrimonio positivo da una scissa che diviene negativa; scissioni con scorporo di un patrimonio negativo da una scissa che rimane negativa; scissione a favore di società preesistente nelle varianti previste per la fusione, altro ancora.

In linea generale, per quanto riguarda la fattibilità delle operazioni negative, occorre innanzitutto rilevare che nessuna disposizione di legge le vieta espressamente, al contrario le stesse sono espressamente ammesse dalla normativa speciale sulla crisi di impresa qualora sia coinvolta una società soggetta a procedura di liquidazione o di risoluzione della crisi.

E poi da evidenziare che sussistono diverse ipotesi nelle quali le operazioni negative sono idonee a soddisfare interessi meritevoli di tutela nel rispetto dell'elemento causale proprio delle fusioni e delle scissioni, ossia: "la riorganizzazione delle società coinvolte" al fine della prosecuzione dell'attività o di favorire la liquidazione.

Ad esempio, nelle riorganizzazioni infragruppo, ove ricorra l'interesse imprenditoriale alla prosecuzione dell'attività di una determinata società in perdita, è possibile utilizzarle assegnando il patrimonio negativo ad una società con un patrimonio positivo in grado di assorbirlo ovvero unendo più patrimoni al fine generare un "plusvalore" da aggregazione che ripiani le negatività di uno o più di essi.

Le fusioni e le scissioni negative trovano però un limite nella necessità di rispettare la fattispecie legale la quale, tra le altre, prevede la regola della conservazione del valore delle partecipazioni di ogni singolo socio delle società coinvolte, ossia la necessità di determinare un rapporto di cambio congruo.

Tale limite rende difficoltosa la realizzazione di operazioni in presenza di patrimoni effettivamente negativi, operazioni come detto trattate nell'orientamento L.E.18, mentre non ostacola in alcun modo quelle in cui la negatività dei patrimoni sia solo contabile posto che nel determinare il rapporto di cambio si deve aver riguardo unicamente ai patrimoni reali e non a quelli contabili.

Per tale ragione nell'orientamento in commento si sono ammesse senza limiti le scissioni e le fusioni in presenza di patrimoni positivi a valori correnti ma negativi a valori contabili, precisando che verificandosi dette fattispecie sia la determinazione del rapporto di cambio che l'imputazione nel primo bilancio della risultante degli elementi attivi e passivi assegnati avvengono secondo le regole ordinarie dettate dal codice civile per ogni altra scissione o fusione.

Il patrimonio contabilmente negativo oggetto di assegnazione sarà dunque iscritto nel primo bilancio successivo all'operazione conservando i valori contabili a saldo negativo preesistenti ai sensi dell'art. 2504-*bis*, comma 4, c.c..

Eseguita tale imputazione si determinerà pertanto una diminuzione del patrimonio netto della risultante che, salva l'ipotesi in cui emerga un disavanzo da annullamento, dovrà essere assorbita in via prioritaria dalle sue riserve di patrimonio.

Ove queste non siano in grado di coprire il capitale post-operazione necessario per soddisfare il concambio emergerà il relativo disavanzo da imputare agli elementi dell'attivo e del passivo costituenti l'intero patrimonio della risultante, ossia non solo quelli oggetto di assegnazione ma anche quelli che erano già iscritti nel suo bilancio, e per la eventuale differenza e nel rispetto delle condizioni previste dal n. 6 dell'art. 2426 c.c. ad avviamento.

Nel caso in cui la società risultante sia una società di capitale i maggiori valori imputati a determinati elementi del suo patrimonio dovranno essere giustificati da una specifica perizia in analogia con quanto previsto per i conferimenti in natura.

Nell'orientamento si è quindi coerentemente precisato che nel caso in cui si debba realizzare una fusione tra due società aventi entrambe patrimoni positivi ma uno dei quali sia contabilmente negativo, la soddisfazione del rapporto di cambio può essere realizzata o attraverso la redistribuzione delle partecipazioni preesistenti (nella fusione per incorporazione) o attraverso l'emissione di nuove partecipazioni prive di valore nominale o coperte con riserve della società risultante (se queste sono capienti al netto delle passività assorbite) o, in difetto, con l'imputazione ad elementi dell'attivo e del passivo del disavanzo da concambio che emergerà ai sensi dell'art. 2504-*bis*, comma 4, c.c., che nel caso di società di capitali dovrà essere sorretta da una specifica perizia.

Nello stesso modo si dovrà procedere nell'ipotesi in cui si debba realizzare la scissione di un patrimonio effettivamente positivo ma contabilmente negativo a favore di una beneficiaria preesistente, mentre nell'ipotesi in cui detta beneficiaria sia di nuova costituzione il concambio potrà essere soddisfatto unicamente mediante l'emissione delle partecipazioni che deriveranno dalla determinazione del suo capitale in misura non superiore al patrimonio a valori correnti assegnato dalla scissa, al netto dell'eventuale avviamento da questa non acquistato a titolo oneroso, in conformità con quanto previsto dall'art. 2504-*bis*, comma 4, c.c. per l'ipotesi dell'emersione di un disavanzo, determinazione che nel caso di società di capitali dovrà essere sorretta da una specifica perizia.

L.E. 18 - (AMMISSIBILITA' DELLA SCISSIONE O FUSIONE NEGATIVA A VALORI CORRENTI - 1° pubbl. 10/23 – motivato 10/23)

Si ritiene ammissibile la scissione, anche non proporzionale, mediante assegnazione ad una o più beneficiarie preesistenti di un insieme di elementi patrimoniali aventi complessivamente valore corrente negativo (prescindendo da quello contabile) qualora ricorrano tutte le seguenti condizioni:

- a) sia rispettosa dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società coinvolte, se operative, ovvero sia strumentale alla loro liquidazione, se società in scioglimento;
- b) sia possibile determinare un rapporto di cambio congruo ovvero non sia necessario determinare alcun rapporto di cambio perché si tratta di operazione semplificata;
- c) l'assegnazione negativa ad una beneficiaria positiva non deve determinare la riduzione del patrimonio netto di questa al di sotto del limite previsto dagli artt. 2447 e 2482-*ter* c.c..

Non si ritiene invece ammissibile una scissione negativa a valori correnti a favore di una beneficiaria di nuova costituzione non essendo possibile in tale ipotesi coprire in alcun modo il capitale sociale nominale.

Il presente orientamento deve ritenersi applicabile, per identica *ratio*, anche all'ipotesi della fusione laddove l'incorporante riceva un patrimonio realmente negativo.

Motivazione

Nell'orientamento L.E.17 sono state ammesse senza limiti le fusioni e le scissioni contabilmente negative ma positive a valori correnti in quanto in dette operazioni è sempre possibile rispettare integralmente la fattispecie e la disciplina di legge, in particolare quella che impone la determinazione di un rapporto di cambio congruo.

Nell'orientamento in commento si è invece affrontata la diversa questione dell'ammissibilità delle fusioni e scissioni che contemplino l'assegnazione di insiemi patrimoniali a saldo negativo a valori correnti in tutte le loro possibili varianti, ossia: operazioni tra società tutte positive, operazioni tra società tutte negative e operazioni tra società alcune delle quali positive ed altre negative, concludendo che tali fusioni e scissioni sono ammissibili nei limiti in cui sia possibile riscontrare nel caso concreto la sussistenza di tutti gli elementi che caratterizzano la fattispecie legale.

Si è dunque affermato che per realizzare una di tali operazioni occorre che ricorrano e seguenti condizioni:

- a) **sia rispettosa dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società coinvolte, se operative, ovvero sia strumentale alla loro liquidazione, se società in scioglimento.**

La legge attribuisce in maniera esclusiva agli amministratori (o ai liquidatori) delle società coinvolte il potere di iniziativa in materia di fusione e scissione con ciò evidenziando che la progettazione di tali operazioni costituisce un'attività di amministrazione che in quanto tale, al pari di ogni altra attività gestoria, deve essere realizzata con diligenza e volta a perseguire l'oggetto sociale, ossia a soddisfare un "interesse sociale".

L'interesse sociale che deve essere soddisfatto è di tipo economico per le società operative, il cui scopo è quello di conseguire un utile da dividere tra i soci (art. 2247 c.c.), e di miglioramento dell'efficienza della liquidazione per quelle in scioglimento, il cui fine è quello di liquidare il patrimonio sociale ad un valore non inferiore a quello che gli è proprio (artt. 2486 e 2489 c.c.).

Così, ad esempio, deve ritenersi ammissibile, perché rispettosa dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società coinvolte, una fusione negativa a valori correnti nella quale sia previsto che una società fortemente patrimonializzata incorpori una società in crisi di piccole dimensioni per garantire la prosecuzione della sua attività ove questa produca in via esclusiva per l'incorporante uno specifico componente industriale altrimenti irreperibile.

Deve altrettanto ritenersi ammissibile, perché strumentale alla miglior liquidazione del patrimonio delle società coinvolte, una fusione negativa tra società in scioglimento ciascuna titolare di un'azienda complementare all'altra che se aggregate sono di maggior valore e di più semplice alienazione.

Viceversa non appare rispettosa dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale una fusione negativa finalizzata unicamente a risanare la posizione debitoria dell'incorporata tramite il patrimonio positivo dell'incorporante ove non ricorra alcuna utilità o beneficio imprenditoriale per l'incorporante, neanche reputazionale, indiretto o prospettico.

Una simile fusione sarebbe inoltre in contrasto, nell'ipotesi di operazioni infragruppo, con la disciplina dettata in materia di direzione e coordinamento dall'art. 2497 c.c. il quale non consente alle società o agli enti che "controllano" altre società di agire nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale di ogni società del gruppo, e ciò prescindendo dalla circostanza che l'operazione sia approvata da tutti i soci e da tutti gli amministratori delle società coinvolte.

b) sia possibile determinare un rapporto di cambio congruo ovvero non sia necessario determinare alcun rapporto di cambio perché si tratta di operazioni semplificate.

In tutte le fusioni e nelle scissioni con beneficiaria preesistente il rapporto di cambio, ove previsto, è determinato dalla proporzione tra i patrimoni reali oggetto di aggregazione.

Tale determinazione risulta sempre possibile quando sono coinvolti patrimoni omogenei, ossia patrimoni tutti positivi o tutti negativi, mentre risulta assai più problematica quando bisogna aggregare patrimoni tra loro non omogenei, ossia uno negativo ed uno positivo, poiché in tale seconda ipotesi il risultato dell'aggregazione non sarà una somma ma una differenza.

Due esempi possono aiutare a chiarire la questione:

a) fusione tra società aventi entrambe patrimoni negativi:

Alfa, partecipata al 100% da Primo, ha un patrimonio effettivo negativo di - 100, e Beta, partecipata al 100% da Secondo, ha un patrimonio effettivo negativo di - 200, le loro partecipazioni saranno dunque di valore pari a zero se si tratta di società con limitazione di responsabilità o pari al netto negativo se si tratta di società senza limitazione di responsabilità. All'esito della loro fusione si determinerà un patrimonio negativo di - 300 che potrà dunque essere ripartito tra Primo e Secondo nelle opportune proporzioni che gli consentano di conservare il valore nullo o negativo delle loro partecipazioni, posto che entrambi "apportano" valori omogenei.

b) fusione tra società aventi una un patrimonio negativo e l'altra positivo:

Alfa, partecipata al 100% da Primo, ha un patrimonio effettivo negativo di - 100, e Beta, partecipata al 100% da Secondo, ha un patrimonio effettivo positivo di + 200, all'esito della loro fusione si determinerà un patrimonio positivo di + 100 $[(+ 200) + (- 100) = + 100]$, che non potrà in alcun modo essere ripartito tra Primo e Secondo in maniera tale da garantire la conservazione del "valore" delle loro partecipazioni ante operazione posto che quella di Primo aveva un valore nullo o negativo e quella di Secondo un valore di + 200.

Le fusioni e le scissioni che si risolvono nella diminuzione del valore reale della risultante e che richiedono la determinazione di un rapporto di cambio perché coinvolgono società con compagini sociali non omogenee appaiono dunque di impossibile realizzazione.

Sussiste peraltro un'ipotesi eccezionale nella quale l'aggregazione di un patrimonio realmente negativo ad uno realmente positivo non determina la diminuzione di quest'ultimo, si tratta delle fusioni o scissioni a favore di beneficiaria preesistente che producono un "plusvalore" da aggregazione.

Tale plusvalore, per quanto meramente prospettico, potrebbe consentire nel caso concreto di determinare un rapporto di cambio congruo sulla base delle valutazioni soggettive degli organi gestori delle società coinvolte.

Il rapporto di cambio deve infatti essere congruo non oggettivamente, in base a criteri puramente matematici e a valutazioni patrimoniali/reddituali/finanziarie, ma deve essere congruo in base alle valutazioni soggettive di coloro che devono determinarlo e approvarlo i quali possono legittimamente tenere conto anche di elementi extrapatrimoniali o di fatto legati alle prospettive imprenditoriali dell'operazione.

Si pensi all'ipotesi della società Alfa che produce e fornisce in esclusiva componenti strategici per la società Beta. Qualora Alfa dovesse bruscamente interrompere la propria attività a causa di uno stato di crisi che la porti ad avere un patrimonio reale negativo vi sarebbe sicuramente un danno per Beta. In tale situazione, qualora Beta intenda incorporare Alfa al fine di "limitare i danni", difficilmente si riuscirebbe ad esprimere un rapporto di cambio oggettivamente congruo ma sarebbe senz'altro possibile individuarne

uno soggettivamente congruo sulla base della valorizzazione della mancata perdita per l'incorporante e il mancato scioglimento per l'incorporata.

L'operazione di fusione che in tal caso si realizzerebbe sarebbe anche rispettosa della sua causa in quanto volta a riorganizzare le società preesistenti a fini imprenditoriali.

c) l'assegnazione negativa ad una beneficiaria positiva non deve determinare la riduzione del patrimonio netto di questa al di sotto del limite previsto dagli artt. 2447 e 2482-ter c.c..

Nelle operazioni tra società realmente negative, ossia tra società che hanno già interamente perso il capitale sociale, come di regola sono le fusioni e le scissioni tra società sottoposte a procedura di liquidazione concorsuale, non vi è ovviamente alcuna esigenza di garantire l'integrità di quest'ultimo.

Tale esigenza si ritiene invece sussistere ove la risultante dell'operazione sia una società operativa, poiché in tal caso dovrà essere quantomeno dotata del capitale minimo di legge previsto dal suo modello affinché non si verifichi un obbligo di ricapitalizzazione o una causa di scioglimento. Si ricorda, infatti, che gli amministratori delle società hanno l'obbligo di prevenire l'insorgere di uno stato di crisi (art. 2086 c.c.) e di conservare l'integrità del patrimonio sociale (art. 2486 c.c.).

Una fusione e scissione realmente negativa non è dunque ammissibile quando la incorporante/beneficiaria positiva non sia in grado di assorbire le passività assegnate senza ridurre il proprio capitale sociale al di sotto dei limiti previsti dagli artt. 2447 e 2482-ter c.c..

Tale limite è infatti quello individuato dal legislatore come quello minimo necessario per garantire la prosecuzione della società senza obbligo di ricapitalizzazione.

Così, ad esempio, deve ritenersi consentito che una società per azioni con capitale di euro + 50.000 e patrimonio netto di euro + 200.000 riceva una assegnazione negativa per fusione o scissione di euro - 155.000 che porti il suo patrimonio netto ad euro + 45.000, posto che il capitale minimo per detta società azionaria per il quale scatterebbe l'obbligo di ricapitalizzazione è di euro 33.333,33. A tale fattispecie di applicherà poi il disposto dell'art. 2446 c.c..

Non appare, invece, ammissibile che la medesima società riceva un'assegnazione negativa di - 195.000 che porti il suo patrimonio netto a + 5.000 poiché in tal caso non sarebbe garantita la conservazione del "patrimonio minimo".

L.E. 19 - (CONGRUITA' DEL RAPPORTO DI CAMBIO NELLA SCISSIONE O FUSIONE NEGATIVA A VALORI CORRENTI - 1° pubbl. 10/23 – motivato 10/23)

Nell'orientamento L.E.18 si sono ritenute ammissibili la scissione e la fusione realmente negative a condizione, tra l'altro, che sia possibile determinare un rapporto di cambio congruo ovvero che non sia necessario determinare alcun rapporto di cambio perché si tratta di operazioni semplificate

E' di regola possibile determinare un rapporto di cambio congruo nell'ipotesi in cui tutte le società che partecipano all'operazione abbiano anteriormente ad essa un patrimonio negativo a valori correnti poiché in tal caso non dovrebbero sussistere impedimenti ad individuare le proporzioni partecipative nelle società risultanti che garantiscano la conservazione in capo a ciascun dei loro soci dei valori nulli (nel caso siano coinvolte società con limitazione di responsabilità) o negativi (nel caso siano coinvolte società con soci illimitatamente responsabili) che consentano di conservare il valore, anche prospettico, delle loro partecipazioni.

Viceversa non è di regola possibile determinare un rapporto di cambio congruo quando la società che riceve il patrimonio negativo a valori correnti abbia in precedenza un patrimonio realmente positivo poiché in tal caso le partecipazioni dei sui soci perderanno irrimediabilmente di valore qualunque sia il rapporto di cambio, anche nell'ipotesi estrema (per chi la ritiene ammissibile) in cui non si proceda con alcun concambio, ossia non si attribuiscono quote ai soci della scissa/incorporata e si conservino le proporzioni partecipative dei vecchi soci della incorporante/beneficiaria.

Sussiste tuttavia un'ipotesi eccezionale nella quale è possibile determinare un rapporto di cambio congruo in presenza di una società realmente positiva che riceve un patrimonio negativo a valori correnti, si tratta dell'operazione di fusione o scissione che genera un "plusvalore da aggregazione", ossia un incremento del valore dei beni assegnati conseguente alla riorganizzazione societaria di entità tale da renderlo positivo.

Anche in queste operazioni, come in quelle ordinarie, l'iscrizione nel bilancio della beneficiaria degli elementi attivi e passivi oggetto di assegnazione avverrà nel rispetto di quanto previsto dell'art. 2504-bis, comma 4, c.c, pertanto, quando siano coinvolte società tutte negative il concambio sarà normalmente soddisfatto mediante redistribuzione delle partecipazioni della beneficiaria/incorporante non sussistendo la possibilità di eseguire aumenti di capitale, mentre nel caso di società positiva che riceve un patrimonio negativo che diviene positivo per effetto del "plusvalore da aggregazione" il concambio potrà essere soddisfatto anche mediante l'emissione di nuove partecipazioni coperte con le riserve residue della beneficiaria o con l'eventuale emersione di un disavanzo da concambio anche se,

nell'ipotesi di assegnazione di un patrimonio realmente negativo, difficilmente sussisteranno elementi dell'attivo cui imputarlo nel rispetto delle condizioni previste dal n. 6) dell'art. 2426 c.c..

Motivazione

Vedi sub L.E.17 e L.E.18.

L.G. - SCISSIONE CON SCORPORO

L.G.1 – (SCISSIONE CON SCORPORO - 1° pubbl. 10/23 - motivato 10/23)

Il nuovo art. 2506.1 del codice civile ha introdotto, anche nel nostro ordinamento, la figura della “scissione con scorporo”, consistente nella possibilità da parte di una società di assegnare ad una o più società di nuova costituzione una parte del suo patrimonio attribuendo a sé stessa le relative azioni o quote.

I conseguentemente riformati artt. 2506-*bis* e 2506-*ter* c.c., stante le peculiari caratteristiche dell’operazione, stabiliscono poi una serie di deroghe in ordine alle formalità procedurali normalmente richieste nelle operazioni di scissione.

In particolare, dispongono che non è necessario che il progetto di scissione (con scorporo) contenga le informazioni riguardanti: a) il rapporto di cambio delle azioni o quote e l’eventuale conguaglio in denaro; b) le modalità di assegnazione delle azioni o delle quote di nuova emissione e la data dalla quale tali azioni o quote partecipano agli utili; c) il trattamento eventualmente riservato a particolari categorie di soci e ai possessori di titoli diversi dalle azioni. Non sono inoltre richieste la situazione patrimoniale indicata nell’art. 2501-*quater*, comma 1, c.c. e le relazioni dell’organo amministrativo e degli esperti di cui agli artt. 2501-*quinques* e 2501-*sexies* cc.

Il nuovo comma 6 dell’art. 2506-*ter* c.c. stabilisce infine che ai soci non consenzienti non compete il diritto di recesso. Fra le regole che si ritiene di poter disapplicare alla nuova figura in base al disposto del nuovo comma 4 dell’art. 2506-*bis* c.c., vi rientrano anche:

- a) quella che prevede la necessità che il progetto di scissione contenga l’indicazione della data da cui le operazioni delle società partecipanti all’operazione sono imputate al bilancio della nuova società poiché, salva una diversa specifica indicazione da inserire nel progetto, tale data coincide con quella di decorrenza degli effetti civilistici della scissione;
- b) quella di attribuire ai soci che non hanno approvato la scissione il diritto di fare acquistare le proprie partecipazioni per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso ai sensi dell’art. 2506-*bis*, comma 4, c.c.

Motivazione

Il nuovo articolo 2506.1 c.c., introdotto con il D.Lgs. 2 marzo 2023 n. 19, è intervenuto per dare attuazione alla direttiva (UE) 2017/1132 del Parlamento europeo, come modificata dalla direttiva (UE) 2019/2121 del Parlamento europeo e del Consiglio.

Tale disciplina è stata dettata per uniformare le operazioni transfrontaliere riguardanti società di capitali italiane e degli altri Stati membri che hanno la sede sociale o l’amministrazione centrale o il centro di attività principale nel territorio dell’Unione europea. Essa si applica anche alle scissioni a cui partecipano società diverse dalle società di capitali, o società di capitali che non hanno né la sede sociale, né l’amministrazione centrale, né il centro di attività principale nel territorio dell’Unione europea qualora risulti comunque applicabile la disciplina della direttiva alla società risultante dall’operazione.

Una volta ammesse le scissioni transfrontaliere per scorporo è stato necessario introdurre tale forma di scissione anche nell’ordinamento interno al fine di eliminare incongruenze sistematiche.

La nuova norma contenuta nell’art. 2506.1 c.c. contempla esclusivamente il caso di costituzione, attraverso lo scorporo, di una nuova società nella quale confluisce una parte del patrimonio della scissa e le cui quote o azioni vengono assegnate, anziché ai soci della scissa, alla scissa medesima.

La scissione mediante scorporo deve dunque essere parziale, cioè deve essere assegnato alla o alle società beneficiarie soltanto una parte del patrimonio della scissa e non l’intero suo patrimonio poiché quest’ultima deve sopravvivere all’operazione per rendersi assegnataria delle partecipazioni della o delle beneficiarie.

Il richiamato D.Lgs. n. 19/2023 ha anche disposto, modificando gli artt. 2506-*bis* e 2506-*ter* c.c., coerentemente con le caratteristiche di tale nuova figura, che alla scissione con scorporo non si applicano le previsioni di cui ai numeri 3), 4), 5) e 7) dell’articolo 2501-*ter*, primo comma del codice civile. Ed infatti le informazioni espressamente escluse dal contenuto del progetto non sono necessarie, posto che l’intera

partecipazione della nuova società va assegnata, appunto, alla società scissa e non ai suoi soci. I soci della scissa non partecipando al capitale sociale della beneficiaria non hanno necessità di ottenere la maggior parte delle informazioni che invece si rendono necessarie nelle altre ipotesi di scissione.

Il novellato art. 2506-ter, comma 3, c.c. stabilisce poi opportunamente la superfluità, per la fattispecie in oggetto, sia della situazione patrimoniale di cui all'art. 2501-quater, comma 1, c.c., sia delle relazioni dell'organo amministrativo e degli esperti di cui agli artt. 2501-quinques e 2501-sexies cc., poiché il precedente testo di tale norma, che limitava l'esonero dei richiamati documenti alle scissioni con costituzione di nuove società nel solo caso in cui fossero attuate con criteri proporzionali di attribuzione delle nuove partecipazioni, avrebbe potuto far dubitare circa l'estensione della deroga anche alla nuova ipotesi di scissione.

Il nuovo periodo aggiunto al comma 4 dell'art. 2506-bis c.c. detta poi una importante regola di chiusura, disponendo che il progetto della scissione per scorporo non deve contenere quanto incompatibile con "l'assegnazione delle azioni o quote delle società beneficiarie alla società stessa, anziché ai suoi soci".

Sotto questo profilo si ritiene dunque che nel progetto di scissione con scorporo non ricorra la necessità:

a) di indicare la data da cui le operazioni delle società partecipanti all'operazione sono imputate al bilancio della nuova società poiché, salva una diversa specifica indicazione da inserire nel progetto, tale data coincide con quella di decorrenza degli effetti civilistici della scissione che, peraltro, non può essere convenzionalmente posticipata trattandosi necessariamente di scissione a favore di società di nuova costituzione;

b) di attribuire ai soci che non approvano l'operazione la facoltà di fare acquistare le proprie partecipazioni per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso ai sensi dell'art. 2506-bis, comma 4, c.c.. Infatti l'operazione in parola potrebbe ritenersi assimilabile ad una scissione non proporzionale, attesa l'attribuzione delle intere partecipazioni della beneficiaria alla scissa anziché ai suoi soci. Tuttavia i soci della scissa non subiscono a seguito dell'operazione alcun pregiudizio mantenendo immutate le posizioni nell'ambito della scissa ed essendo le partecipazioni nella nuova società assegnate esclusivamente alla scissa stessa e non a tutti o ad alcuni soci di quest'ultima in maniera non proporzionale. Va infine precisato che il momento in cui viene iscritta la nuova società nel Registro Imprese non può precedere quello in cui è effettuata l'iscrizione con riguardo alla società scissa.

Probabilmente ultronea, ma tuttavia opportuna, appare anche la disposizione che ha escluso la facoltà di recesso ai soci non consenzienti, atteso che l'operazione non altera né modifica in alcun modo le partecipazioni detenute dai medesimi né il loro valore.

L.G.2 – (AMMISSIBILITÀ DI UNA SCISSIONE CON SCORPORO E DI UNA SCISSIONE ORDINARIA O FUSIONE REALIZZATE CON UN UNICO PROGETTO - 1° pubbl. 10/23 - motivato 10/23)

In ossequio al principio di economicità dei mezzi giuridici, si ritiene legittimo riunire in un unico progetto un'operazione complessa che contempra al suo interno sia una scissione con scorporo che una scissione ordinaria o fusione, nei limiti in cui dette operazioni sarebbero legittimamente realizzabili con progetti distinti (cfr. orientamento L.A.14).

Così ad esempio è possibile realizzare con un unico procedimento:

- a) una scissione con scorporo che preveda che alla società beneficiaria di nuova costituzione partecipino per scissione anche altre società, a loro volta con scorporo oppure assegnando ai rispettivi soci partecipazioni nella beneficiaria;
- b) una scissione di un'unica società in parte per scorporo e in parte con assegnazione ai suoi soci delle partecipazioni nella beneficiaria.

Nelle suddette ipotesi non troveranno ovviamente applicazione le semplificazioni procedurali previste per la sola scissione con scorporo e incompatibili con l'operazione complessa progettata, fra le quali, ad esempio, l'omissione della determinazione di un rapporto di cambio e la sua giustificazione e certificazione o il mancato riconoscimento del diritto di recesso per i soci non consenzienti.

Motivazione

Il nuovo articolo 2506.1 del codice civile, introdotto in applicazione della Direttiva (UE) n. 2017/1132 in tema di trasformazioni, fusioni e scissioni transfrontaliere, prevede solamente l'ipotesi della scissione con scorporo a cui partecipa un'unica società che trasferisce una parte del proprio patrimonio ad una o più società beneficiarie di nuova costituzione.

Tale limitazione della fattispecie legale della scissione con scorporo è stata prevista non tanto per dettare una regola di principio ma al fine di dare attuazione alle indicazioni della Direttiva nei limiti imposti dalla Legge delega n. 127/2022.

Ed infatti la nozione della “scissione con scorporo” contenuta nell’art. 160-ter n. 4 della Direttiva (UE) 2017/1132, come integrata dalla Direttiva (UE) 2019/2121, prevede che tale fattispecie si realizzi quando *“la società scissa trasferisce a una o più società beneficiarie parte del patrimonio attivo e passivo in cambio dell’attribuzione di titoli o quote delle società beneficiarie alla società scissa”*.

Il considerando (8) della medesima Direttiva che costituisce elemento di indirizzo per il legislatore delegato, dispone fra l’altro che *“... La presente direttiva non dovrebbe armonizzare le norme applicabili alle scissioni transfrontaliere in cui la società trasferisce il patrimonio attivo e passivo a una o più società preesistenti, in quanto si tratta di casi molto complessi che implicano l’intervento delle autorità competenti di vari Stati membri e che comportano ulteriori rischi di elusione delle norme dell’Unione e nazionali. Sebbene la possibilità di costituire una società dalla scissione tramite scorporo di cui alla presente direttiva offra alle società una nuova procedura armonizzata nel mercato interno. Le società, tuttavia, dovrebbero essere libere di costituire direttamente società controllate in altri Stati membri”*. La versione in lingua inglese è ancora più chiara nel penultimo inciso disponendo: *“... The possibility of forming a company through a division by separation as provided for in this Directive offers companies a new harmonised procedure in the internal market. ...”*.

In stretta attuazione della Direttiva, la disposizione, contenuta nell’art. 2506.1 c.c. disciplina dunque esclusivamente la scissione con scorporo a favore di società di nuova costituzione alla quale partecipi un’unica società.

Ma appare innegabile che tale disposizione debba armonizzarsi in un sistema interno che contempla anche tutta un’altra serie di operazioni di scissione e di fusione le quali non sono state né abrogate né sono divenute incompatibili con la prima.

La scissione con scorporo si aggiunge dunque alle altre forme di scissione e di fusione già codificate arricchendo il sistema ed incrementando le opzioni a disposizione degli operatori.

Per tale motivo nell’orientamento in commento si è ritenuto che sia lecito realizzare in un unico progetto complesso tanto una scissione con scorporo prevista dall’art. 2506.1 c.c. quanto una qualunque altra operazione di scissione o fusione contemplata in altre norme di legge.

In particolare si è ritenuta lecita l’“unione” in un unico progetto di una scissione con scorporo e di una qualsiasi altra tipologia di scissione o di fusione ove il risultato finale di detta operazione complessa sia lo stesso che si sarebbe raggiunto con progetti distinti, poiché in tale ipotesi è certo che si perseguono interessi meritevoli di tutela. L’unica differenza è la semplificazione procedimentale.

Sotto questo profilo, ad esempio, si sono conseguentemente ritenute legittime:

a) le operazioni di scissione con scorporo nelle quali non partecipi una sola società ma più società preesistenti che assegnino parte del loro patrimonio ad una società di nuova costituzione e le relative partecipazioni a se stesse, poiché il risultato di tale operazione si potrebbe legittimamente raggiungere con delle iniziali scissioni con scorporo di ciascuna di dette società a favore di una propria beneficiaria di nuova costituzione ed una successiva fusione finale di tutte beneficiarie così costituite;

b) le operazioni di scissione a favore di una società di nuova costituzione nelle quali sia previsto che parte delle relative azioni o quote siano attribuite alla scissa e parte ai suoi soci, poiché anche in questo caso il medesimo risultato finale si potrebbe ottenere con due distinte scissioni: una prima, per scorporo, assegnando alla beneficiaria di nuova costituzione la parte del patrimonio che dovrà rappresentare le sue partecipazioni finali in detta beneficiaria, ed una seconda, tradizionale, nella quale alla beneficiaria come sopra costituita venga assegnata l’ulteriore parte del patrimonio della scissa che rappresenterà le partecipazioni finali da assegnare ai suoi soci.

In sostanza, per il principio di economicità degli strumenti giuridici, non appare dubitabile che sia lecito raggiungere i medesimi risultati realizzabili con più procedimenti di scissione e di fusione attraverso un unico progetto complesso nelle ipotesi in cui i procedimenti uniti siano tutti previsti e disciplinati da norme espresse e non si confligga con alcuna di esse.

In tal caso, ovviamente, non troveranno applicazione le semplificazioni procedurali previste per la scissione realizzata esclusivamente ai sensi del nuovo art. 2506.1, con la disciplina prevista per le altre.

Pertanto nel suddetto procedimento unitario troveranno piena applicazione le regole procedurali ordinarie disapplicate dalla normativa sulla sola scissione con scorporo ove dette regole siano previste per le altre operazioni.

Conseguentemente il progetto dovrà di regola contenere anche quanto richiesto dai numeri 3), 4), 5) e 7) dell'articolo 2501-*ter*, primo comma, c.c., dovranno essere altresì predisposte la situazione patrimoniale, le relazioni dell'organo amministrativo e degli esperti, e si applicherà il diritto di recesso previsto dagli articoli 2473 e 2502 c.c..

P.B. - OPERAZIONI STRAORDINARIE NELL'AMBITO DI PROCEDURE CONCORSUALI

P.B.3 - (ADOZIONE DELLA DECISIONE DI SCIOGLIMENTO DURANTE IL PROCEDIMENTO DI ACCESSO AD UNO STRUMENTO DI REGOLAZIONE DELLA CRISI - 1° pubbl. 10/23 – motivato 10/23)

Si ritiene legittima l'adozione da parte dei soci della decisione di scioglimento anticipato della società e nomina dei liquidatori anche in pendenza del procedimento di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza, ossia nel periodo che decorre dalla data di iscrizione della relativa decisione e che termina con l'omologazione o il rigetto della domanda.

Il disposto dell'art. 120-*bis*, comma 4, C.C.I.I., nella parte in cui consente la revoca degli amministratori solo per giusta causa durante il suddetto periodo, appare infatti volto ad impedire ai soci di ostacolare il perfezionamento del procedimento di omologa dello strumento di risoluzione della crisi adottato dagli amministratori di una società operativa che intende proseguire la propria attività e non anche ad inibire ai suoi soci di porre fine anticipatamente a detta attività ai sensi dell'art. 2484, comma 1, n. 6), o dell'art. 2272, n.3), c.c..

Motivazione

L'orientamento in commento affronta una delle questioni più delicate poste dal C.C.I.I., ossia quali siano i poteri dei soci in pendenza del procedimento di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

Le disposizioni del C.C.I.I. che assumono rilievo sono quelle in esso introdotte con il D.Lgs. n. 83/2022 e contenute negli artt.:

- 120-*bis*, comma 1, con la quale è attribuito in via esclusiva agli amministratori il potere di decidere l'accesso ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza, senza alcuna possibilità per i soci di impedire l'adozione di tale decisione;
- 120-*bis*, comma 2, ove si dispone che il piano deciso in via esclusiva dagli amministratori può prevedere qualsiasi modificazione dello statuto della società debitrice, ivi inclusi aumenti e riduzioni di capitale anche con limitazione o esclusione del diritto di opzione e altre modificazioni che incidono direttamente sui diritti di partecipazione dei soci, nonché fusioni, scissioni e trasformazioni. Dette operazioni straordinarie non sono poi deliberate dall'assemblea dei soci ma sono "determinate" dal tribunale con il provvedimento di omologa o sono "poste in essere" successivamente dagli amministratori senza il concorso dei soci (art. 120-*quinquies*, comma 1);
- 120-*ter* che consente la collocazione dei soci in "classi" alle quali è attribuito il voto nelle forme e nei termini previsti per l'espressione del voto da parte dei creditori;
- 120-*bis*, comma 4, che prevede l'inefficacia della revoca degli amministratori adottata dai soci in assenza di una giusta causa durante la fase di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

Dette disposizioni sono state introdotte nel C.C.I.I. per dare esecuzione all'art. 12 della Direttiva (UE) 2019/2023, nella parte in cui prevede che «*gli Stati membri provvedono affinché ai detentori di strumenti di capitale non sia consentito di impedire o ostacolare irragionevolmente l'adozione e l'omologazione di un piano di ristrutturazione*», ma per come sono formulate nel loro complesso potrebbero far ritenere che abbiano una portata più ampia di quella voluta dalla Direttiva e che di fatto dispongano una sorta di "esproprio" della società in crisi in danno dei suoi soci, che dunque ne perdono il controllo, e a vantaggio dei suoi creditori, degli *stakeholders* e del sistema economico in generale con il conseguente obbligo per gli amministratori di gestirla nell'esclusivo interesse di questi ultimi.

Una tale conclusione non sembra però condivisibile.

Le disposizioni contenute negli artt. 120-*bis* e ss. del C.C.I.I. sono infatti state dettate al solo scopo di impedire ai soci di ostacolare la ristrutturazione della società che intende proseguire la propria attività secondo un piano da loro non condiviso o per il quale mostrino disinteresse e non anche con l'intento di privarli del potere di disporre del contratto sociale ove ciò non sia "irragionevole", per usare l'espressione della Direttiva, e sia volto a perseguire un interesse legittimo.

Sul punto la Relazione al D.Lgs. n. 83/2022 è esplicita precisando che «con l'articolo 120-*bis* si disciplina l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza chiarendo che l'avvio della ristrutturazione, e la determinazione del contenuto del piano, costituiscono esecuzione degli obblighi di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale, previsti dall'articolo 2086, secondo comma, del codice civile. E' dunque soppressa la possibilità di deroghe statutarie alla competenza degli amministratori [...]. I commi 3 e 4 introducono disposizioni che impediscono ai soci, che potrebbero non avere più un interesse nella società, di ostacolare la ristrutturazione o anche solo una delle sue fasi. Per questa ragione si è previsto che i soci, pur mantenendo un diritto di informativa sull'avvio e sull'andamento della ristrutturazione, non possano revocare gli amministratori senza giusta causa [...] e che non è considerata giusta causa la presentazione della domanda di accesso allo strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza in presenza delle condizioni di legge».

In sostanza la disciplina contenuta negli artt. 120-*bis* e ss. è volta esclusivamente a garantire agli amministratori, cui è attribuita la competenza esclusiva in materia ai sensi dell'art. 2086 c.c., di poter predisporre ed eseguire il piano di risanamento anche contro la volontà dei soci o in caso di loro inerzia per mancanza di interesse.

In assenza delle disposizioni in commento i soci contrari al piano e che intendano proseguire l'attività sociale avrebbero infatti il potere di revocare gli amministratori sostituendoli con altri inclini ad assecondare le loro indicazioni sulla ristrutturazione, mentre quelli non interessati al piano potrebbero disertare l'assemblea chiamata a deliberare le operazioni straordinarie in esso previste.

Tali esigenze non sono peraltro nuove, già nella previgente Legge Fallimentare era stata prevista la possibilità di dar corso ad un aumento di capitale di una società in crisi senza il consenso dei suoi soci nell'ipotesi in cui il piano fosse stato proposto dai creditori (art. 185, ultimo comma, L.F.).

La Legge Fallimentare prevedeva un "rimedio" all'inerzia dei soci nell'adottare un'operazione straordinaria a servizio di un piano concordatario solo nell'ipotesi in cui lo stesso fosse di provenienza esterna, ossia dei creditori, poiché si riteneva che nell'ipotesi opposta, quella cioè in cui fosse stato di provenienza interna, ossia deciso dall'organo gestorio espresso dai soci, il rischio di inerzia o di mancata cooperazione da parte di questi ultimi fosse trascurabile se non del tutto inesistente.

E' inoltre da considerare che la suddetta disciplina era stata introdotta nella Legge fallimentare unitamente a quella sulle offerte concorrenti (operata con il D.L. n. 83/2015) ed è dunque fisiologico che sia stata riferita solo a queste ultime.

Con la revisione integrale della materia operata con il C.C.I.I. si è quindi provveduto ad armonizzare e rendere omogeneo il sistema prevedendo appunto che tutte le operazioni straordinarie previste dal piano non richiedono la collaborazione dei soci.

Per adeguarsi alla previsione generale contenuta nell'art. 12 della direttiva (UE) 2019/1023, è stata poi aggiunta la previsione contenuta nell'art. 120-*bis*, comma 4, secondo la quale dalla iscrizione della decisione di accedere ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza nel registro delle imprese e fino alla omologazione, la revoca degli amministratori è inefficace se non ricorre una giusta causa.

Per tutelare i soci da eventuali comportamenti pregiudizievoli dei loro diritti da parte degli amministratori è stato infine attribuito ad una loro percentuale che rappresenti almeno il 10% del capitale sociale il diritto di presentare proposte concorrenti (art. 120-*bis*, comma 5, C.C.I.I.).

Le disposizioni in commento hanno quindi una portata specifica e non di sistema, non sono volte ad sottrarre ai soci la loro società ma molto più banalmente a limitare il rischio di mancata esecuzione del piano per contrarietà o disinteresse di questi ultimi.

Le stesse si occupano inoltre della sola ipotesi in cui siano coinvolte società operative dotate di un organo amministrativo che abbia l'obbligo di recuperare la continuità aziendale.

Gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza offerti dal C.C.I.I. non sono però riservati alle sole società operative ben potendo essere adottati anche da società in scioglimento prive di continuità aziendale e di un organo amministrativo, anzi dalle prime esperienze applicative del nuovo C.C.I.I. risulta che siano proprio le società in liquidazione quelle che maggiormente ricorrono a tali strumenti, con fini evidentemente liquidatori e non di recupero della continuità aziendale.

Nell'orientamento in commento si è quindi ritenuto di affermare che i soci di una società attiva i cui amministratori abbiano adottato la decisione di accedere ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza conservano il diritto di disporre del contratto sociale per quanto non espressamente ed eccezionalmente loro inibito dalle disposizioni speciali contenute nel C.C.I.I. e dunque anche quello di

deliberare lo scioglimento della società e di nominarne i liquidatori, facendo venir meno in tal modo l'obbligo della ricerca della continuità aziendale.

Se tale conclusione non fosse corretta si dovrebbe affermare che il C.C.I.I. ha introdotto nell'ordinamento l'obbligo per i soci di società in crisi, comprese quelle di persone a cui espressamente si applica, di proseguire l'attività economica intrapresa anche contro la loro volontà, affermazione evidentemente insostenibile perché contraria ai principi dell'ordinamento, in particolare a quelli costituzionali sulle libertà individuali e delle attività economiche private.