

Novembre 2016

**Deliberazioni del Consiglio di Amministrazione sull'assunzione di partecipazioni sociali. Commento a Tribunale di Milano, 20 maggio 2016, n. 6372.**

*Avv. Eliana Colarusso, dottoranda in Diritto Commerciale, Università degli Studi Roma Tre*

Il Tribunale di Milano, con sentenza del 20 maggio 2016, si è occupato dell'impugnazione da parte dei soci di minoranza di due deliberazioni del Consiglio di Amministrazione (C.d.A.) di una S.p.A. aventi ad oggetto la costituzione di una *newco* interamente controllata dalla stessa S.p.A., finalizzata alla quotazione in borsa e all'acquisto di quote di partecipazione in un'altra società del settore, nella prospettiva di una successiva fusione tra la *newco* e la terza impresa, con i relativi atti esecutivi di sottoscrizione dell'aumento di capitale della *newco* mediante conferimento in natura del ramo di azienda principale.

I soci impugnanti hanno lamentato: (i) l'incompetenza del C.d.A. a modificare l'oggetto sociale, posto che con le deliberazioni del C.d.A. cessava ogni attività imprenditoriale diretta e la *newco* si limitava a gestire partecipazioni, con conseguente incompetenza degli amministratori ad adottare atti esecutivi delle delibere; (ii) l'abuso di potere del C.d.A. per aver perseguito un interesse diverso da quello sociale con il fine di comprimere i diritti dei soci di minoranza, con conseguente nullità dei negozi di sottoscrizione di aumento del capitale per motivo illecito determinante.

Il Tribunale ha rigettato tutte le domande degli attori, sancendo, in via preliminare, che le deliberazioni del C.d.A. non possono essere impugnate dai soci, per difetto di interesse concreto ed attuale *ex art. 100 c.p.c.*, quando sono prive di un'immediata e diretta incidenza sulla *governance* della società, sull'oggetto sociale o sui rapporti tra soci o verso i terzi. Il Tribunale ha ritenuto che deve sussistere un interesse concreto dei soci all'annullamento o alla nullità degli atti esecutivi, non essendo sufficiente l'interesse all'annullamento della sola deliberazione. L'interesse concreto sussiste solo se anche gli atti dispositivi di esecuzione della deliberazione consiliare incidono sugli interessi dei soci e sia possibile una pronuncia giudiziale di inibitoria e/o rimozione di tali atti idonea a ripristinare la situazione preesistente.

In relazione alla questione preliminare, Il Tribunale ha sostanzialmente statuito che alcun atto esecutivo veniva travolto dall'impugnativa dei soci. Non la costituzione della *newco*, poiché le ipotesi di nullità della costituzione di una nuova società sono tassative e non risultavano integrate nel caso di specie. Non la sottoscrizione dell'aumento del capitale sociale della *newco*, poiché l'art. 2384, co. 2, c.c. impone di favorire sempre la

stabilità degli atti compiuti dagli amministratori con i terzi (nella specie la *newco*), in quanto le limitazioni al potere di rappresentanza degli amministratori (fra cui ricade anche il compimento di atti estranei all'oggetto sociale) non sono opponibili ai terzi, a meno che non si dimostri che il terzo fosse a conoscenza delle limitazioni al potere ed abbia agito intenzionalmente in danno della società. La norma impone inoltre all'attore di dimostrare un danno subito dalla società e non dai soci di minoranza. L'impossibilità di travolgere gli atti esecutivi delle delibere del consiglio di amministrazione determinerebbe così la carenza di un interesse concreto ed attuale alla impugnazione dei soci.

Quanto poi alla prima doglianza, Il Tribunale ha ritenuto che la "trasformazione" di una S.p.A. da società operativa in *holding* di partecipazioni non integra una modificazione dell'oggetto sociale e pertanto rientra nella competenza del C.d.A., quando lo Statuto contempla l'assunzione di partecipazioni tra le modalità di attuazione dell'oggetto sociale. Si configura una modifica sostanziale dell'oggetto sociale solo ove i soci nell'atto costitutivo o nello Statuto abbiano espressamente qualificato l'attività sociale come attività di tipo esclusivamente imprenditoriale "diretto" o abbiano fissato espressamente una gradazione tra le diverse modalità operative, dando prevalenza all'attività diretta, e la successiva delibera degli amministratori "trasformi" l'attività imprenditoriale diretta in attività di assunzione di partecipazioni. Nel caso di specie il Tribunale ha ritenuto che non sussistesse alcuna modifica dell'oggetto sociale, poiché nello Statuto era previsto *ab origine* quale oggetto sociale l'esercizio dell'attività (edilizia) sia in via diretta sia attraverso l'assunzione di partecipazioni in altre società. Lo Statuto avrebbe così affidato agli amministratori fin dall'origine la scelta delle modalità operative per la realizzazione dell'oggetto sociale. Il C.d.A. pertanto avrebbe legittimamente optato all'inizio per l'esercizio diretto dell'attività di impresa (edile) e in seguito avviato un percorso parzialmente differente, deliberando la "trasformazione" (il termine è qui usato in senso atecnico) da società operativa in *holding* di partecipazioni, nell'esercizio dei medesimi poteri conferiti dallo Statuto.

In riferimento alla seconda doglianza, il Tribunale ha precisato che una delibera del C.d.A. non può essere dichiarata invalida per abuso di potere sulla base della sola sussistenza di conseguenze pregiudizievoli per i soci di minoranza. Non è sufficiente neppure un'aspra conflittualità che indichi possibili obiettivi della maggioranza di prevaricazione sulla minoranza, attuati attraverso il C.d.A. Quando la domanda di dichiarazione della invalidità della delibera per abuso di potere è funzionale ad ottenere la dichiarazione di nullità degli atti attuativi per motivo illecito, l'attore deve infatti dimostrare anche il motivo illecito comune al terzo contraente ed esclusivo o determinante. La nullità per motivo illecito comune ed esclusivo dei negozi di disposizione patrimoniale attuativi è condizione necessaria affinché gli effetti della deliberazione siano reversibili e quindi sussista l'interesse concreto ad impugnare. Il Tribunale ritiene che, l'onere probatorio dell'esclusività dei motivi illeciti, per non risolversi in una *probatio diabolica*, può essere assolto mediante presunzioni, consistenti ad esempio nell'impossibilità di ravvisare un qualsiasi interesse della S.p.A.

alla esecuzione delle determinazioni contestate. Nel caso di specie, tuttavia, il Tribunale ha riscontrato la carenza di interesse dell'attore socio di minoranza a causa della mancanza di motivi illeciti comuni esclusivi idonei a caducare gli atti dispositivi e quindi a rendere reversibili gli effetti delle delibere.

La pronuncia del Tribunale di Milano non risulta pienamente condivisibile e chiara. Il fulcro della motivazione sembra essere la carenza di interesse concreto all'impugnazione. Il rigetto della prima doglianza, inerente la carenza di potere del C.d.A. nelle modificazioni dell'oggetto sociale, è legato all'art. 2384, co. 2 c.c. Il Tribunale avrebbe forse dovuto richiamare anche gli articoli 2388 e 2361 c.c.

L'art. 2388, co. 4, c.c. sancisce che le deliberazioni del C.d.A. adottate in violazione della legge o dello statuto possono essere impugnate dai soci ove la delibera risulti lesiva dei loro diritti<sup>1</sup>. Per questo i ricorrenti hanno sostenuto la propria legittimazione e il proprio interesse concreto adducendo lesioni ai propri diritti. L'art. 2388 c.c. non richiede, invece, ai fini della legittimazione e dell'interesse ad agire dei soci, la prova di lesioni alla società. L'art. 2388, co. 5, precisa che l'impugnazione delle delibere del C.d.A., in ogni caso, produce effetti nei confronti di tutti i soci e della società, ma non pregiudica i diritti acquistati in buona fede dai terzi. Quest'ultima disposizione è in linea con l'art. 2384 c.c., richiamato dal Tribunale di Milano. L'art. 2384 c.c. richiede ai fini dell'opponibilità ai terzi non solo la conoscenza dell'esistenza delle limitazioni ma, *“quanto meno, la consapevolezza del terzo di una stipulazione potenzialmente generatrice di danno per la società”*<sup>2</sup>. Altrimenti l'atto rimane efficace e vincolante per la società, sia o meno esso estraneo all'oggetto sociale. L'inopponibilità ai terzi in buona fede lega gli articoli 2384 c.c. e 2388 c.c. e, secondo il Tribunale di Milano, impedisce di impugnare la deliberazione per difetto di interesse concreto a causa della irreversibilità degli effetti prodotti nei confronti dei terzi. Le due norme però sono per altro verso differenti. I principi per la validità delle delibere del C.d.A. o degli atti conseguenti non sono contenuti nell'art. 2384 c.c., ma nel 2388 c.c.. L'art. 2388 c.c. implica che i soci hanno interesse concreto ed attuale a prescindere dall'eventuale eccesso nell'esercizio del potere di rappresentanza e/o dall'onere di provare danni alla società. E' chiara la scissione tra potere di rappresentanza ex art. 2384 c.c. e potere deliberativo ex art. 2388 c.c.: il primo è generale e non circoscritto all'oggetto sociale<sup>3</sup> laddove il potere di gestione e decisione non può modificare l'oggetto sociale.

---

<sup>1</sup> Cass., 28 marzo 1996, n. 2850. Trib. Napoli, Sez. spec. Impresa, 24 febbraio 2016, in *IlSocietario.it* 3 maggio 2016, “Può infatti essere efficacemente impugnata dal socio soltanto la delibera consiliare che violi direttamente una sua personale posizione di diritto patrimoniale o amministrativo, non potendo detta lesione derivare dal pregiudizio che la società nel suo complesso (e, dunque, indirettamente, ciascun socio) andrebbe a subire”

<sup>2</sup> Cass., 8 novembre 2000, n. 14509 e Cass., 30 maggio 2000, 7180.

<sup>3</sup> Trib. Napoli 19 novembre 2008: è superata la correlazione tra potere di rappresentanza degli amministratori e oggetto sociale come limite all'esercizio di detto potere.

L'art. 2361 c.c. vieta l'assunzione di partecipazioni in altre imprese, anche se genericamente prevista nello Statuto, qualora per la misura e per l'oggetto della partecipazione risulti sostanzialmente modificato l'oggetto sociale, ed impone la delibera dell'assemblea per l'assunzione di partecipazioni in altre imprese che comporti la responsabilità illimitata. Gli amministratori quindi non possono modificare la struttura industriale e finanziaria della società, trattandosi di una prerogativa dell'assemblea dei soci. Definire quando è integrata la modificazione dell'oggetto sociale o della struttura finanziaria rilevante resta una questione problematica e affidata essenzialmente alla valutazione del giudice. Per stabilire se la delibera del C.d.A. sia invalida o meno in caso di assunzione delle partecipazioni che determini la "trasformazione" da industria in *holding* di partecipazione occorre considerare l'oggetto sociale sostanziale. Ci sembra che il Tribunale di Milano nel caso di specie si sia limitato ad una lettura formalistica dell'oggetto sociale risultante dallo Statuto. Ha infatti ritenuto che la "trasformazione" in *holding* di partecipazioni rientrasse nell'oggetto sociale originario sulla base della sola clausola statutaria "la società ... potrà svolgere la propria attività sia in via diretta sia attraverso l'assunzione di partecipazioni". La Corte di Appello di Milano ha sostenuto che "non integra una modifica dell'oggetto sociale preclusa all'organo amministrativo e non costituisce pertanto grave irregolarità il fatto che gli amministratori di una s.p.a. deliberino di trasferire il complesso aziendale produttivo a società (interamente) controllata sottoscrivendone il corrispondente aumento di capitale"<sup>4</sup>. Tuttavia ci sembra che la costituzione di una *newco holding* di partecipazioni sia cosa diversa dal mero acquisto di partecipazioni o dal trasferimento del complesso aziendale ad un'altra impresa operativa. La modifica dell'oggetto sociale sostanziale di fatto perseguito *ab origine* dalla società e l'assunzione di partecipazioni in misura tale da incidere pesantemente sulla struttura industriale e finanziaria della società dovrebbero rientrare nelle prerogative dell'assemblea (straordinaria) dei soci. Altra giurisprudenza ha precisato d'altronde che "nelle società di capitali, la previsione nell'atto costitutivo di una serie di possibili operazioni strumentali all'attività economica, come il rilascio di fideiussioni, non vale ad ampliare l'oggetto sociale"<sup>5</sup>. La Cassazione ha a sua volta sancito il principio di diritto: "salvo le limitazioni specificamente previste nello statuto sociale, rientrano nella competenza dell'amministratore tutti gli atti che ineriscono alla gestione della società, mentre eccedono i suoi poteri quelli di disposizione o alienazione, suscettibili di modificare la struttura dell'ente e perciò esorbitanti (e contrastanti) con l'oggetto sociale"<sup>6</sup>.

L'art. 2388 c.c., infine, nel testo *post* d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 rinvia espressamente alla disciplina prevista dagli articoli 2377 e 2378 c.c., sull'invalidità delle delibere

<sup>4</sup> App. Milano, 22 ottobre 2001, in *Giurisprudenza italiana* 2002, 320.

<sup>5</sup> V. *ex plurimis* Tribunale di Treviso, 20 giugno 2002, in *Giurisprudenza italiana* 2003, 2118.

<sup>6</sup> Cass, 3 marzo 2010, n. 5152.

assembleari, in quanto compatibile<sup>7</sup>. È così possibile impugnare anche la delibera consiliare per abuso della maggioranza, soprattutto in casi come quello di specie in cui il C.d.A. esprime la volontà dei soci di maggioranza. Secondo consolidato orientamento giurisprudenziale sono annullabili, in quanto non conformi a legge, le delibere viziate da eccesso o abuso di potere, adottate dalla maggioranza al solo fine di recare pregiudizio ai soci di minoranza, in violazione dei principi di buona fede<sup>8</sup>. Ci sembra che il Tribunale di Milano abbia adottato un'interpretazione restrittiva dell'abuso della maggioranza. La *ratio* della decisione anche su tale seconda doglianza sembra essere la medesima adottata con il richiamo l'art. 2384 c.c: gli atti dispositivi esecutivi delle delibere del C.d.A. hanno prodotto effetti nei confronti dei terzi, di conseguenza le delibere non possono essere caducate e manca l'interesse del socio. Il Tribunale non considera rilevante l'abuso di potere insito nelle delibere consiliari, sostenendo che, affinché sussistano l'eccesso di potere e l'interesse a ricorrere, occorra dimostrare anche che gli atti esecutivi siano viziati da motivi illeciti determinanti e comuni ai terzi. Non essendoci prova della frode dei terzi, il Tribunale ritiene che gli atti esecutivi non siano reversibili e quindi non vi sia interesse concreto. La Cassazione si limita a sancire che "L'abuso o eccesso di potere può costituire motivo di invalidità della delibera assembleare, quando vi sia la prova che il voto determinante del socio di maggioranza è stato espresso allo scopo di ledere interessi degli altri soci, oppure risulta in concreto preordinato ad avvantaggiare ingiustificatamente i soci di maggioranza in danno di quelli di minoranza, in violazione del canone generale di buona fede nell'esecuzione del contratto"<sup>9</sup>.

In sintesi entrambe le motivazioni sembrano fondate su un unico passaggio logico, volto a salvare la fusione tra la *newco* e l'altra società quotata. Secondo il Tribunale non vi è interesse concreto ad impugnare gli atti interni, ancorché delibere che dovrebbero essere dichiarate invalide, se gli atti esterni esecutivi non sono opponibili ai terzi in buona fede. Il Tribunale sembra affermare in sostanza: è "irrilevante" che le delibere del C.d.A. sono illegittime per "carezza di potere", in quanto volte a modificare l'oggetto sociale, o per "eccesso di potere", in quanto attuative di un abuso della maggioranza, quando sono state già seguite da atti dispositivi che hanno prodotto effetti irreversibili nei confronti dei terzi.

---

<sup>7</sup> La riforma conferma la precedente giurisprudenza: Cass. 15 febbraio 2002, n. 2229; Cass. 14 dicembre 2000, n. 15786; Cass. 28 marzo 1996, n. 2850

<sup>8</sup> V. *ex plurimis* Cass. 15 luglio 2007, n. 15942; Cass. 12 dicembre 2005, n. 27387; Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151; App. Roma 13 maggio 2010; Trib. Milano 15 marzo 2008; Trib. Reggio Emilia 27 aprile 1994.

<sup>9</sup> Cass. 20 gennaio 2011 n. 1361. V. anche Cass. 17 luglio 2007 n. 15942. "L'abuso della regola della maggioranza (altrimenti detto abuso o eccesso di potere) è, quindi, causa di annullamento delle delibere assembleari allorquando la delibera non trovi alcuna giustificazione nell'interesse della società - per essere il voto ispirato al perseguimento, da parte dei soci di maggioranza, di un interesse personale antitetico a quello sociale - o per essere il risultato di un'intenzionale attività fraudolenta dei medesimi soci diretta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza *uti singuli*" Nello steso senso *ex plurimis* Cass. 12 dicembre 2005, n. 27387.