

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

La società attrice Gri S.A. ha chiesto di pronunciare sentenza che, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2932 c.c., disponga il trasferimento della proprietà della partecipazione pari al 13,72% del capitale sociale -detenuta da Gri - in B H , in favore di Gre s.p.a., dietro il preventivo pagamento del prezzo e, conseguentemente, condannare quest'ultima al pagamento in favore dell'attrice dell'importo di euro 7.500.000 di corrispettivo oltre agli interessi nella misura del 3%.

A fondamento della domanda ha dedotto di aver stipulato il 1 gennaio 2007 con la convenuta una scrittura privata avente ad oggetto "la concessione in forma irrevocabile, da una Parte all'altra, del diritto di opzione -rispettivamente- sull'acquisto e sulla vendita della Partecipazione" pari, appunto, al 13,72% del capitale sociale della società B H .

La convenuta si è costituita chiedendo rigetto della domanda alla luce di diverse eccezioni.

*

La domanda dell'attrice è fondata e va accolta.

Preliminarmente vanno respinte una serie di eccezioni che parte convenuta ha sollevato solo tardivamente nella memoria ex art. 183 VI n. 1 c.p.c., ove il convenuto deve limitarsi alle sole precisazioni o modificazioni delle eccezioni "già proposte", e non può, quindi, introdurre fatti ulteriori, modificativi estintivi od impeditivi di quelli posti dall'attore a fondamento della propria pretesa; nella specie la difesa dei convenuti non si è limitata a precisare o modificare la valutazione dei fatti già dedotti ed allegati e delle conseguenze degli stessi, ma ha introdotto fatti impeditivi diversi da quelli offerti al contraddittorio in sede di comparso di costituzione; si tratta:

- dell'eccezione per cui il **tempo trascorso** tra la comunicazione di Gri alla convenuta dell'esercizio del diritto di put e agli altri soci di B H titolari di un diritto di prelazione della volontà di cedere la quota, e l'introduzione del presente giudizio, **avrebbe reso necessaria una nuova "denuntiatio"** da parte della società attrice per verificare nuovamente l'interesse dei soci all'esercizio del diritto di prelazione alle mutate condizioni di valore del bene, eccezione che introduce un nuovo thema decidendi relativamente al rispetto dei patti parasociali da parte di Gri ed in particolare dell'obbligo di offrire la vendita della propria quota ai soci prelazionari in ragione del "fatto" del tutto nuovo e non dedotto prima delle avvenuto cambiamento di valore della partecipazione oggetto della denuntiatio nell'intervallo di tempo trascorso tra la "denuntiatio" stessa e il presente giudizio; in ogni caso, quanto alla fondatezza nel merito dell'eccezione, si osserva che la giurisprudenza invocata dalla convenuta, formata in tema di prelazione del locatore, si fonda sulla valorizzazione di un aspetto che nella specie pare irrilevante, ovvero il venir meno, in ragione della variazione nel tempo dei valori monetari, della **parità di condizioni di vendita**¹: invero nel caso che occupa il Tribunale le condizioni di vendita al "terzo" (Gre , destinatario della put) erano predeterminate e del tutto indipendenti da quelle a cui i soci prelazionari avrebbero avuto diritto di acquistare le azioni di Gri , potendo i soci prelazionari invocare l'articolo 8 dello statuto di B H e chiedere che il corrispettivo della vendita fosse determinato in ragione del valore reale delle azioni al momento della denuntiatio (salva comunque la possibilità di Gri , nel caso, di rinunciare alla vendita della partecipazione);

¹ "ricorrendo] a carico del locatore alienante l'onere di provvedere ad una ulteriore denuntiatio allorché tra la comunicazione al conduttore e la vendita al terzo sia intercorso, come nella specie, un intervallo di tempo incidente sulla parità delle condizioni di vendita, in ragione delle variazioni dei valori monetari. Il ricorso non può, pertanto, che essere rigettato" Cass. n. 11716 del 1995.

- delle eccezioni di invalidità della *denuntiatio* a per mancanza di poteri di firma del capofila/ firmatario della stessa dott. F. V., introdotta addirittura con la memoria ex art. 183 VI comma n. 2 c.p.c., quando in realtà sono consentite alle parti solo repliche alle difese e alle argomentazioni di controparte.

*

Ciò premesso si osserva:

- ⇒ al tempo della stipula della scrittura privata in argomento Gri deteneva in B H s.r.l. una partecipazione di minoranza pari al 13,72% del capitale, mentre Gre deteneva una partecipazione nella società pari all' 80,33%
- ⇒ e' pacifico che in forza del contratto di opzione dell' 1.1.2007 la società attrice Gri ha acquisito un'opzione *put* nei confronti di Gre avente ad oggetto il trasferimento della sua partecipazione in B H per il corrispettivo di euro 7.500.000, oltre alla rivalutazione annua del 3%, da esercitare - mediante semplice comunicazione scritta, previa *denuntiatio* della propria intenzione di vendere la partecipazione agli altri soci di B H in ragione del diritto di prelazione statutariamente stabilito - a far data dall' 1.1.2007 fino al termine ultimo del 31.12.2011 (periodo di riferimento); correlativamente Gre ha acquisito un'opzione *call* disciplinata in modo corrispondente all'opzione *put* avente ad oggetto il trasferimento della medesima partecipazione dietro il versamento del medesimo corrispettivo;
- ⇒ pacifico è altresì che
 - Gri ha esercitato il diritto di opzione *put* con raccomandata in data 30.10.2008, rimasta senza riscontro, ed ha contestualmente inviato detta comunicazione anche a tutti soci di B H onde consentire loro l'esercizio della prelazione, in conformità a quanto pattuito nell'art. 3.3.3 della scrittura privata (cfr doc. n. 3 e 4);
 - in data 5.12.2008 (cfr doc. 5) l'attrice ha comunicato a Gre che nessuno dei soci di B h aveva inteso esercitare il diritto di prelazione nel termine del 28.11.2008 onde da tale data sarebbe decorso il termine di 90 giorni per la sottoscrizione del contratto definitivo di compravendita, in conformità a quanto stabilito nell'art. 3.4 della scrittura privata;
 - in mancanza, ancora una volta di riscontro, Gri in data 22 maggio 2009, dato atto dell'inadempimento di controparte, ha inoltrato a Gre un invito ad adempiere agli obblighi derivanti dalla scrittura privata *inter partes* sottoscritta (doc. n. 6);
 - in mancanza, tuttavia, di riscontro anche a tale missiva, in data 24 agosto 2009 la società attrice ha inoltrato per mezzo del proprio difensore un terzo sollecito ad adempiere, quale estremo tentativo di giungere ad un adempimento spontaneo dei patti (doc. n. 7);
 - solo in data 3.9.2009 (doc. n. 8) Gre ha risposto alla missiva del difensore di Gri con una comunicazione in cui negava genericamente di non aver riscontrato le missive trasmesse da Gri "la quale sa con Chi ha parlato cosa è stato detto e a Chi si deve rivolgere per le risposte cui chiede riscontro per Suo tramite"; né dichiarava di voler adempiere né contestava in alcun modo la validità del patto;
 - all'esito Gri, richiamata la precedente corrispondenza ha convocato con lettera del difensore dell'11.4.2011 la controparte avanti al notaio per il giorno 18.5.2011 (doc. n. 9) per dare esecuzione agli obblighi previsti nel contratto d'opzione, ma controparte non si è presentata;

*

Ciò premesso si osserva:

a) il contratto d'opzione deve ritenersi valido;

- infondata, infatti, è l'eccezione di nullità dello stesso per mancanza della previsione di un corrispettivo per la concessione dell'opzione *put*, e dunque di causa: la causa del patto

d'opzione consiste nel rendere ferma per il tempo ~~spettante~~ ~~la proposta relativa al~~ ~~al~~ ~~la~~ conclusione di un ulteriore contratto, con correlativa attribuzione all'altra del diritto di decidere circa la conclusione di quel contratto entro quel medesimo tempo; l'opzione si inserisce, cioè, in una fattispecie a formazione progressiva della volontà contrattuale, inizialmente costituita da un accordo avente ad oggetto la irrevocabilità della proposta del promettente, ed, in seguito, dalla eventuale accettazione del promissario, che – saldandosi immediatamente con la proposta irrevocabile precedente – perfeziona il negozio giuridico di trasferimento (cfr. Cass. n. 15142/2003); per il disposto dell'art. 1331 c.c., che non prevede il pagamento di alcun corrispettivo, l'opzione può essere offerta a titolo oneroso o gratuito;

nella specie, peraltro, la possibilità per Gri di esercitare l'opzione *put* entro un tempo determinato e per un prezzo prestabilito, era bilanciata dalla possibilità per Gre s.p.a di esercitare l'opzione *call* al medesimo prezzo e per lo stesso periodo; le due opzioni riunite nell'ambito di un unico contratto concedono diritti potestativi tanto a Gri quanto a Gre sul medesimo pacchetto azionario, disciplinando, nell'ambito dell'autonomia negoziale delle parti, un quadro d'interessi in cui Gri aveva il diritto di vendere e Gre di comprare la partecipazione dalla prima detenuta in B H allo stesso prezzo e per lo stesso periodo;

la contestuale previsione di diritti ed obblighi per entrambe le parti, frutto della concatenazione delle opzioni *call* e *put* mostra, a maggior ragione, l'infondatezza dell'assunto del convenuto, poichè la sinallagmaticità del patto così realizzata implicava di per sé il sorgere di uno speculare vantaggio economico per ciascuna delle parti, che si sarebbe concretizzata con l'esercizio del diritto potestativo rispettivamente concesso in un tempo determinato a seconda dell'andamento del titolo; nessuna delle parti ha, in effetti, inteso beneficiare l'altra con detto contratto, bensì riservare a sé - sulla base evidentemente di diverse valutazioni economiche finanziarie circa l'andamento del valore della partecipazione - la possibilità di acquistare o vendere nel periodo dato il pacchetto azionario oggetto dell'accordo;

peraltro, secondo quanto affermato dalla stessa convenuta (cfr pag. 5 memoria 183 VI n. 1), al momento della stipulazione del contratto d'opzione il valore reale della partecipazione detenuta dall'attrice in B H era pari a circa il doppio del corrispettivo pattuito, il che esclude che del patto come stipulato si sarebbe potuta avvantaggiare la sola attrice, come Gre sostiene, il vantaggio del patto in concreto essendo correlato all'andamento del valore della partecipazione nel "periodo di riferimento" e alla decisione di vendere o acquistare che una delle due parti poteva liberamente esercitare in qualunque momento ad un prezzo predefinito e indipendente - per espressa pattuizione delle parti (cfr. art.5.1 della scrittura privata) - dall'andamento del valore di mercato della partecipazione che ne era oggetto;

*

- infondata è altresì l'eccezione di nullità del patto per nullità della clausola relativa al calcolo del prezzo che prevede, secondo la convenuta, un meccanismo invalido di capitalizzazione periodica degli interessi: infatti, l'invalidità del meccanismo di capitalizzazione degli interessi previsto nella specie² determina l'esclusione di qualsiasi forma di capitalizzazione degli interessi e non già l'invalidità complessiva della scrittura privata, (cfr sul punto Cass. 2 dicembre 2010 numero 24418) come del resto hanno stabilito in modo specifico le parti

² la scrittura in parola prevede una rivalutazione pari al 3% annuo del prezzo convenuto con decorrenza dal 1 gennaio 2007 e sino alla data di trasferimento definitivo della partecipazione, e la capitalizzazione al 31 dicembre di ogni anno degli interessi maturati nel corso del medesimo anno, al netto di tutti i dividendi eventualmente distribuiti dalla società alla parte venditrice durante il periodo di vigenza della scrittura privata

stesse nell'art.6 dell'accordo ove si puntualizza che «se per caso, la nullità o inefficacia di singole disposizioni o clausole non comporterà la nullità o l'inefficacia dell'intera scrittura privata»; nè può essere condivisa la tesi di parte attrice che rivendica la legittimità della capitalizzazione annuale sulla scorta dell'articolo 1284 c.c. che, nel prevedere che il saggio di interessi è determinato in ragione di anno stabilirebbe principio generale di naturale scadenza ed esigibilità annuali degli interessi maturati, poiché a norma dell'articolo 1283 la capitalizzazione degli interessi ultra semestrali è possibile solo in presenza di usi normativi o di convenzioni negoziali posteriori alla loro scadenza;

- infondata è ancora l'eccezione di nullità del patto per indeterminatezza del prezzo convenuto: nella specie, secondo parte convenuta, mancherebbe il metodo certo di determinazione del prezzo e, quindi, uno degli elementi essenziali del contratto; in realtà la scrittura privata prevede che il prezzo sia determinato nella misura fissa di euro 7.500.000,00 (oltre rivalutazione e interessi al netto dei dividendi eventualmente percepiti dalla società venditrice nel periodo di vigenza del patto), misura che è espressamente previsto resti invariata a prescindere dalla valutazione della partecipazione ai fini dell'esercizio del diritto di prelazione (invero lo statuto di B H stabilisce che i soci hanno "un diritto di prelazione -pro quota capitale e con diritto di accrescimento - da esercitarsi in base al valore reale delle azioni"); in altre parole è del tutto infondato quanto sostenuto dalla convenuta a proposito del fatto che la clausola relativa al prezzo (art.3.3) prevederebbe un corrispettivo "minimo" e non un corrispettivo predefinito in ragione della previsione di cui all'art.3.3.3 relativa all'esercizio eventuale del diritto di prelazione spettante agli altri soci della società sull'acquisto della partecipazione oggetto della scrittura privata, poiché, anzi, in detta clausola le parti hanno solo inteso precisare che in caso di esercizio della prelazione da parte di uno o più soci, non solo Gri avrebbe potuto decidere a sua discrezione di non cedere la partecipazione ad essi qualora il prezzo da questi legittimamente offerto in ragione della clausola statutaria del valore reale delle azioni al tempo della *denuntiatio* fosse inferiore al corrispettivo pattuito in oggetto d'opzione put, ma Gre sarebbe stata obbligata, all'esito dell'esercizio del diritto di put, a corrispondere a Gri il corrispettivo convenuto (o, in caso di acquisto parziale all'esito dell'esercizio da parte di taluni dei soci del diritto di prelazione, il Corrispettivo pro quota) indipendentemente dal prezzo pagato dagli altri soci o dal prezzo determinato in base a disposizioni statutarie;

*

- infondato è altresì l'argomento per cui l'opzione in questione violerebbe il divieto di patto leonino ex art. 2265 cod. civ.: secondo la convenuta l'opzione put a prezzo predeterminato qual'è quella convenuta, costituirebbe un meccanismo ideato al fine di escludere il socio dalla partecipazione agli utili alle perdite, garantendo all'opzionario un *comodus discessus* dall'investimento, cioè un'uscita programmata dal contratto sociale, che costituirebbe una sorta di garanzia sostanzialmente illimitata rispetto al deprezzamento dell'apporto di capitale eseguito dal socio opzionario stesso nella società *target*; in particolare nella specie il diritto di opzione di Gri avrebbe reso immune la sua partecipazione in B H dalla perdita di valore da questa subita a causa della svalutazione del suo unico cespite rilevante - ovvero la partecipazione in S S I spa, società quotata in borsa - tra la data di sottoscrizione della scrittura privata e la data di esercizio dell'opzione; inoltre non sussisterebbero, nella specie, le condizioni indicate dalla dottrina per l'esclusione dell'applicabilità del divieto cui all'articolo 2265 c.c., poiché pur configurandosi

nella specie la temporaneità del patto e la reciprocità delle opzioni conferite a ciascuna delle parti dalla scrittura privata, sussisterebbe in capo a Gri un chiaro potere di ingerenza nella gestione di B H in ragione del fatto che dal 2000 la carica di Presidente del CdA di quest'ultima sarebbe ricoperta dalla dottoressa D B "facente parte della stessa famiglia del dottor V. V", socio amministratore legale rappresentante di Gri, nonché membro dello studio professionale incaricato nel 2005 dell'attività di internal audit di tutte le società del gruppo Gre e, quindi, anche di B H, e amministratore di S e della controllata E S.r.l. nell'anno 2007 2008 e 2009;

in proposito si osserva:

- ✓ il divieto sancito dall'art. 2265 cod. civ. è volto ad evitare clausole statutarie e accordi parasociali che alterino la ripartizione del rischio d'impresa in modo che uno o più soci siano esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite e risultino in questo modo deresponsabilizzati rispetto all'esercizio prudente ed avveduto dei diritti amministrativi in conformità all'interesse della società e all'obiettivo di salvaguardia del suo patrimonio "la possibilità di perdere, infatti il valore economico rappresentato dal proprio conferimento, dovrebbe costituire un sufficiente stimolo a spingere il socio ad astenersi da operazioni eccessivamente aleatorie e a prodigarsi per favorevole esito dell'impresa"³; la norma si basa sul principio per il quale è carattere essenziale di ogni società - qualunque ne sia il tipo e l'organizzazione - la partecipazione dei soci ai risultati dell'attività sociale, sicché un patto parasociale, che "avesse la funzione essenziale di eludere il divieto dell'art. 2265 c.c. diverrebbe un negozio in frode alla legge non meritevole di autonoma tutela ed incorrente a sua volta nella previsione di nullità dell'articolo citato";
- ✓ peraltro secondo l'orientamento giurisprudenziale che anche qui si condivide, possono considerarsi contrari alla norma e al principio di ordine pubblico che essa esprime solo i patti che comportino il predetto trattamento differenziato di un socio per tutta la durata della società ed in modo assoluto: "il precetto dell'art. 2265 c.c. pone come limite invalicabile all'autonomia statutaria (...) l'esclusione in modo assoluto e sostanziale dai rischi della perdita e dal diritto agli utili per alcuni dei soci rispetto ad altri;
- ✓ diversa, inoltre, potrebbe essere la situazione qualora un patto parasociale "pur contenendo una clausola di esclusione da rischi e da utili che verrebbero caricati agli altri contraenti (ai quali siano a loro volta soci) abbia una sua autonoma funzione meritevole di tutela a norma dell'art. 1322.c.c.";
- ✓ ciò che è necessario, quindi, verificare a fronte di patti che consentano ad un socio l'exit a condizioni preconcordate, di modo e di tempo, è non solo se essi siano idonei ad escludere un socio dalla partecipazione alle perdite in modo assoluto e costante ma se detta esclusione costituisca la loro funzione essenziale (la loro "causa"), o rispondano invece ad una funzione causale autonomamente meritevole di tutela, onde non contrastino con la ratio della norma di cui all'art. 2265 c.c. e l'esigenza di salvaguardare l'interesse dei soci coinvolti alla buona gestione dell'impresa;
- ✓ nel caso che occupa il Tribunale l'opzione di *put* pattuita consentiva a Gri per 5 anni il diritto di uscire dalla società ad un prezzo predefinito, il quale, tuttavia,

³ Cass. 29.10.1994 n. 8927

- non essendo - com'è pacifico in causa - per effetto della partecipazione in B H in quel momento detenuta, bensì alla metà di detto valore, le consentiva di essere esclusa solo da quelle perdite che nel periodo di riferimento fossero state tali da erodere il valore della sua partecipazione per più della metà; l'opzione di put in altre parole garantiva il socio solo da perdite che avessero eroso il valore della partecipazione al di sopra di una soglia prestabilita: invero solo a fronte di siffatta eventualità sarebbe sorto in concreto l'interesse per il socio titolare del diritto di put di esercitarlo, e solo se l'obbligo di "restituire" (in termini di detrazione dal prezzo) i dividendi nel frattempo eventualmente percepiti non lo avesse indotto a valutare diversamente la convenienza della vendita (infatti il corrispettivo predeterminato, era indipendente dall'andamento del valore del titolo, al netto dei dividendi eventualmente goduti nel periodo di riferimento);
- ✓ peraltro il patto parasociale nella specie non prevedeva solo il diritto di put di Gri , ma il contestuale e reciproco diritto di Gre di comprare la partecipazione al medesimo prezzo ;
 - ✓ pertanto appare evidente che il patto parasociale in questione, da un lato, non stabiliva in modo assoluto l'esclusione di Gri dai rischi e utili, in quanto le attribuiva un diritto di exit solo per un periodo di 5 anni e a condizioni predeterminate che la garantivano solo da perdite superiori ad una certa soglia; dall'altro rispondeva ad una funzione specifica individuata dalle parti nell'ambito dell'autonomia negoziale in modo valido (come s'è detto poco sopra) interessate a offrirsi reciprocamente per un quinquennio il diritto di vendere/acquistare la partecipazione di minoranza di B H a condizioni di prezzo predeterminate e diverse dal suo valore reale all'epoca, che sarebbero divenute appetibili in concreto solo in ragione dell'andamento futuro della società;
 - ✓ peraltro Gri , contrariamente a quanto argomenta suggestivamente Gre , non solo non aveva nè in diritto nè in fatto alcun potere di incidere nella gestione della società *target*, di cui deteneva solo 13%, ma a dimostrazione del fatto che non aveva pattuito un diritto di exit che la rendesse immune da rischi e disinteressata all'andamento della società, aveva ottenuto da controparte la clausola 5.3 della scrittura privata, in cui, dato atto che la partecipazione di Gri integra una partecipazione di minoranza al capitale sociale della società, Gre titolare della partecipazione pari all'80,4% del capitale sociale *"si impegna a fare tutto quanto in proprio potere onde evitare che la società compia atti che possono pregiudicare, in senso quantitativo e qualitativo, i diritti connessi alla partecipazione di Parte B (di Gri ndr)"*; invero Gre detiene anche il controllo - direttamente per il 10,5% e indirettamente tramite B H che ne possiede il 51,6% e tramite altra controllata Ge che ne possiede il 14,4% - di S i, unico asset rilevante di B H .

Pertanto Gri ha validamente esercitato la propria opzione *put* nel periodo di efficacia stabilito. Ne deriva che il contratto preliminare di compravendita delle azioni che le parti avevano inteso concludere all'esito dell'esercizio delle opzioni – così invero l'attrice qualifica il contratto concluso all'esito della propria accettazione della proposta irrevocabile di acquisto di controparte oggetto della put nulla avendo eccepito controparte – si è validamente concluso con l'esercizio dell'opzione, e che ricorrono i presupposti per la pronuncia ex art.2932 c.c., richiesta da Gri , ovvero per l'emissione della sentenza che, in luogo del contratto traslativo non concluso per l'inadempimento ingiustificato di Gre all'obbligazione di acquistare, trasferisca a quest'ultima la quota del 13,72% del capitale sociale di B H detenuta da Gri previo pagamento del corrispettivo di euro

7.500.000,00 oltre rivalutazione annua del 3% e interessi di mora nella misura legale dalla data della pronuncia la saldo.

Stante la soccombenza la convenuta deve essere condannata a rifondere a controparte le spese di lite che si liquidano, tenuto conto delle tariffe e dell'impegno difensivo profuso in complessivi euro 34.560,00 per onorari, euro 1488,74 per spese documentate, oltre Cpa e Iva come per legge..

P.Q.M.

Il Tribunale di Milano, sez. VIII civile, definitivamente pronunciando, così decide:

- a) **dichiara** l'inadempimento di Gre _____ s.p.a. agli obblighi assunti ai sensi della scrittura privata sottoscritta in data 1.1.2007 con Gri _____ S.A.;
- b) dispone il trasferimento della proprietà della partecipazione pari al 13,72 % del capitale sociale di B H _____ s.r.l. detenuto da Gri _____ S.A. in favore di Gre _____ s.p.a. in via condizionata al pagamento del corrispettivo di euro 7.500.000,00 oltre rivalutazione annua del 3% e interessi di mora nella misura legale dalla data della pronuncia la saldo;
- c) condanna Gre _____ s.p.a. a rifondere a Gri _____ S.A. le spese di lite liquidate in 34.560,00 per onorari, euro 1488,74 per spese documentate, oltre Cpa e Iva come per legge.

Milano, 19 settembre 2013

Il Giudice
dott.ssa Alessandra Dal Moro