

Sentenza n. 4628/2020 pubbl. il 23/07/2020

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO
SEZIONE SPECIALIZZATA IN MATERIA DI IMPRESA B

Il Tribunale, in composizione collegiale nelle persone dei seguenti magistrati:
dott. ELENA RIVA CRUGNOLA Presidente Relatore
dott. AMINA SIMONETTI Giudice
dott. GUIDO VANNICELLI Giudice
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado iscritta al n. r.g. 14072/2018 promossa da:
(C.F. *omissis*) con il patrocinio dell'avv. *omissis* (C.F.
omissis), del Foro di *omissis*;

ATTRICE

Contro

(C.F. *omissis*) con il patrocinio dell'avv.
omissis (C.F. *omissis*), del Foro di *omissis*;

CONVENUTA

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come segue:

per l'attrice:

“Piacchia all'Ill.mo Sig. Giudice adito, ogni contraria eccezione disattesa,

In via principale e nel merito:

*dichiarare la nullità del contratto di opzione, sottoscritto in data 6.3.2013 tra . e
ora . , per violazione del divieto stabilito dall'art. 2265 c.c.;*

In via subordinata:

*dichiarare la risoluzione del contratto di opzione, sottoscritto in data 6.3.2013 tra e
ora . ai sensi e per gli effetti dell'art. 1467 c.c. per eccessiva onerosità
sopravvenuta, ovvero per mancato avveramento della presupposizione.*

*Con vittoria di competenze ed accessori come per legge, da distrarsi a favore dello scrivente
procuratore ex art. 93 c.p.c. che si dichiara antistatario.*

In via istruttoria:

*senza accettazione alcuna dell'inversione dell'onere della prova, si chiede l'ammissione di prova per
testi ed interrogatorio formale del legale rappresentante della società convenuta sui seguenti capitoli
di prova:*

*1) Vero che sin dalla propria costituzione nel 1995 . si è occupata di comunicazione ed
advertising;*

*2) Vero che negli anni a partire dal luglio 2002 . ha operato esclusivamente quale
concessionaria per la raccolta della pubblicità, sia diretta che indiretta, da pubblicare sulla testata
“Tempi” e sulla relativa versione online;*

*3) Vero che da tale data e fino al 2015, la testata . era gestita da .
che si occupava della pubblicazione della versione cartacea settimanale e della redazione del sito
web*



- 4) Vero che il 12.1.2015 Società Cooperativa
Tempi era posta in liquidazione volontaria, e successivamente presentava domanda di concordato preventivo, omologato con sentenza del Tribunale di Milano in data 20.10.2016;
- 5) Vero che la crisi di Società Cooperativa
Tempi era attribuita, dagli advisors che avevano redatto la proposta concordataria, alla notevole riduzione degli introiti pubblicitari;
- 6) Vero che gli advisors spiegavano la crisi di Società Cooperativa l'acuirsi, nell'anno 2012, della più generale debacle dell'editoria nazionale;
- 7) Vero che, nel settembre 2017, entrava nella fase di liquidazione volontaria;
- 8) Vero che durante la trattativa intercorsa prima dell'ingresso di nel capitale sociale di la società convenuta aveva preteso che il socio si impegnasse ad acquistare le quote sottoscritte ad un prezzo predefinito, che consentisse alla stessa di Omissis & C. di recuperare tutti gli importi immessi, a qualunque titolo, nella società partecipata;
- 9) Vero che in tale fase aveva inoltre preteso che fosse sottoscritto un accordo, in base al quale la società convenuta fosse esclusa da ogni perdita patrimoniale conseguente alla sua partecipazione in
- 10) Vero che, a tale scopo, di aveva preteso di inserire la clausola 5.5 nell'accordo con il quale erano riconosciute ad attrice e convenuta l'opzione call e l'opzione put.
Si indicano a testi il Rag. , il Dott. , la Sig.ra .

per la convenuta:

“La in breve anche , rappresentata ed assistita come in atti, contestato quanto ex adverso dedotto, richiamate le argomentazioni di cui alle comparse di costituzione e risposta ed alle memorie ex art. 183, comma sesto, c.p.c., nonché alle ulteriori difese e documenti prodotti, dichiarando di non accettare il contraddittorio su eventuali domande nuove, deduzioni o produzioni venissero avanzate in questa sede, precisa le seguenti conclusioni:

In via principale nel merito: previe declaratorie del caso, rigettarsi ogni domanda formulata da in quanto infondate in fatto e in diritto e per l'effetto confermarsi integralmente e dichiarare l'efficacia e la validità del contratto di opzione sottoscritto dalle parti in data 6 marzo 2013.

In via riconvenzionale: previo rigetto di ogni domanda avanzata da controparte, previo accertamento e dichiarazione di validità ed efficacia del contratto di opzione del 6 marzo 2013, accertato e dichiarato che l'art. 3.1 del contratto di opzione sottoscritto dalle parti in data 6 marzo 2013 oggetto di causa prevede in favore di il diritto di opzione irrevocabile ed incondizionata alla vendita delle proprie quote di partecipazione di nominali € 22.157,02 pari al 21,97% del capitale sociale di ora in liquidazione, e correlativamente l'obbligo di di procedere all'acquisto delle predette quote, il tutto al Prezzo Put di € 250.000 come pattuito al successivo art. 4.1:

- ordinare a in persona del Presidente e legale rappresentante pro-tempore, l'esecuzione e l'adempimento delle obbligazioni tutte di cui al contratto di opzione del 6 marzo 2013;
- emettere sentenza per l'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 cod. civ. che produca tra le parti gli effetti costitutivi della vendita delle quote di partecipazione oggetto del contratto di opzione, disponendo il trasferimento coattivo della proprietà delle quote di partecipazione di nominali € 22.157,02 pari al 21,97% del capitale sociale di ora in liquidazione, da a subordinando l'efficacia del trasferimento delle quote all'effettivo pagamento del prezzo;
- contestualmente condannare la in persona del Presidente e legale rappresentante pro-tempore, al pagamento della somma di € 250.000,00 = quale corrispettivo pattuito per la vendita delle predette quote oggetto del contratto di opzione del 6 marzo 2013, oltre interessi legali dal 19.05.2018, data di esercizio dell'opzione put da parte di al saldo effettivo.

*In ogni caso: con vittoria di compensi, spese generali di studio 15%, oltre agli accessori di legge.
In via istruttoria: si chiede che l'Ill.mo Sig. Giudice voglia ammettere prova per testi sui seguenti capitoli di prova:*

- 1) vero che in data 11.03.2013 _____ ha provveduto al versamento di € 202.500,00.= in occasione della sottoscrizione dell'aumento di capitale inclusivo del sovrapprezzo deliberato da _____ (doc. 14);*
 - 2) vero che in data 02.03.2015 la _____ ha contribuito alla copertura delle perdite subite da _____ mediante la sottoscrizione dell'aumento di capitale deliberato in data 16.02.2015 (doc. 11 agli atti) tramite il versamento dell'importo di € 44.440,00.=, come da contabile che mi viene rammostrata (doc. 15);*
 - 3) vero che in ragione della sottoscrizione dell'aumento di capitale di cui al capitolo precedente, _____ ha aumentato la sua partecipazione al capitale sociale di _____ dall'originario 11,11% all'attuale 21,97% (docc. 1 e 11 che vengono rammostrati al teste);*
 - 4) vero che a far data dal suo ingresso nella compagine sociale della _____ s.p.a. è rimasta estranea alla gestione della società, come evidenziato altresì dalle delibere assunte da (omissis) s.r.l. che mi vengono rammostrate (docc. da 10 a 12).*
- Si indica a teste:
- dott. omissis s.p.a..”*

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

L'attrice ha chiesto pronunciarsi

- in via principale la nullità ex art.2265 cc
- e in via subordinata la risoluzione ex art.1467 cc del contratto di opzione (doc.3) stipulato il 6.3.2013 con [redacted] -poi denominata [redacted] (d'ora in avanti anche solo [redacted]) - e prevedente "un'opzione irrevocabile ed incondizionata di vendita, ai sensi e per gli effetti di cui agli articoli 1329 e 1331 del codice civile, in forza della quale [redacted] avrà il diritto di vendere a [redacted] che sin da ora si obbliga ad acquistare," la partecipazione sociale di pertinenza della stessa [redacted] nella SRL [redacted] (d'ora in avanti anche solo [redacted]) pari al 10,00% del capitale sociale (art.3.1) per il corrispettivo di euro 250.000,00 (art.4.1), opzione da esercitarsi "a completa discrezione di [redacted] durante il periodo di esercizio" decorrente dall'1.3.2018 al 15.1.2019 (art. 5.1), deducendo al riguardo:
- l'evoluzione negativa della situazione della [redacted] società c.d. monoclente posta in liquidazione nel luglio 2017, o a seguito delle vicende della SOCIETA' COOPERATIVA (*omissis*), proprietaria della testata (*omissis*) per la quale [redacted] era concessionaria esclusiva per la raccolta di pubblicità, la COOPERATIVA essendo stata posta in liquidazione volontaria il 12.1.2015 e poi in concordato preventivo omologato dal Tribunale di Milano il 20.10.2016, con conseguente deprezzamento della partecipazione oggetto della opzione put, oggi al più valutabile come pari al valore nominale di euro 7.500,00, con conseguente manifesta iniquità e sproporzione del corrispettivo di euro 250.000,00 di cui alla opzione;
- la strumentalità della opzione rispetto al fine -contrastante con il divieto di patto leonino ex art.2265 cc- di evitare che [redacted] partecipasse alle perdite della partecipata;
- la risolubilità del negozio di opzione, qualificabile come commutativo e non come aleatorio, ex art.1467 cc:

o per eccessiva onerosità sopravvenuta della opzione put derivante dalla crisi irreversibile e dall'apertura della procedura di concordato relativa alla unica cliente della [redacted]

o ovvero per mancato avveramento della presupposizione, rappresentata dal mantenimento di valore effettivo delle partecipazioni societarie oggetto della opzione put.

La convenuta [redacted] ha contrastato le domande dell'attrice per plurimi profili, in particolare:

- premettendo:
 - o di essere entrata nella compagine sociale di [redacted] il 6.3.2013;
 - o di aver sottoscritto in pari data il contratto di opzione in discussione, prevedente, oltre all'opzione put in proprio favore, anche un'opzione call a favore dell'attrice [redacted] opzione quest'ultima secondo la quale [redacted] è titolare nello stesso periodo di vigenza dell'opzione put, dall'1.3.2018 al 15.1.2019, del diritto di acquisto delle quote di pertinenza di [redacted] in [redacted] al corrispettivo di euro 400.000,00;
 - o di aver esercitato il proprio diritto di opzione con atto ricevuto dall'attrice il 19.5.2018 (doc.5);
- negando la ricorrenza nel caso di specie dei presupposti per la configurabilità di patto leonino, come evidenziati da un costante orientamento giurisprudenziale, o date le limitazioni temporali della opzione e la chiamata *medio tempore* di [redacted] a partecipare ad operazioni di copertura delle perdite mediante aumenti di capitale (doc.11), o e dato il bilanciamento tra l'opzione *put* prevista a favore di [redacted] e l'opzione *call* prevista a favore dell'attrice nella stessa sede negoziale;

- negando l'applicabilità del rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta ovvero per mancato avveramento della presupposizione, data la struttura del contratto di opzione, di per sé caratterizzato da alea tipica relativa alla variazione del valore della società *target*;

ed ha quindi svolto **domanda riconvenzionale ex art.2932 cc** per il trasferimento delle quote di _____ da sé all'attrice, con contestuale condanna dell'attrice al pagamento dell'importo di euro 250.000,00, oltre interessi legali dal 19.5.2018, data di esercizio del proprio diritto di opzione. Nelle **memorie** poi depositate nei termini assegnati **ex art.183 cpc sesto comma** le parti hanno ribadito le loro posizioni:

- la convenuta (prima memoria) richiamando il recente intervento di legittimità in tema di validità di opzioni *put* a prezzo predefinito di cui a Cass. n.17498/2018 nonché la propria partecipazione ad aumenti di capitale;
- l'attrice (seconda memoria):

o richiamando il principio della inscindibilità del binomio rischio-partecipazione sociale di cui a precedenti di questo Tribunale e sottolineando come nel caso di specie l'esclusione di _____ dal rischio connesso alla partecipazione sia assoluto, dato il tenore della clausola 5.5. del contratto di opzione prevedente che: *"qualora nel periodo di durata del presente accordo debba dare esecuzione, in qualità di socio di _____ a qualsiasi operazione societaria (a titolo esemplificativo, aumenti di capitale, finanziamenti soci, etc.) idonea a preservare il valore patrimoniale della quota versando ulteriori somme nella società a qualsivoglia titolo (nel seguito l'incremento di prezzo), le parti concordano che, per l'esercizio dell'opzione put e dell'opzione call, il prezzo put ed il prezzo call verranno aumentati di un importo pari all'incremento di prezzo"*, nonché sottolineando le successive puntualizzazioni al riguardo del testo negoziale (doc.7);

o sottolineando come nel caso di specie l'alea tipica del contratto di opzione sarebbe stata comunque travolta dal totale azzeramento -per eventi imprevedibili- del valore della società *target*, determinante un totale squilibrio del sinallagma contrattuale e, dunque, giustificante la risoluzione del negozio per eccessiva onerosità sopravvenuta;

entrambe le difese svolgendo poi istanze di prova orale, rispetto alle quali il g.i. ha ritenuto, con ordinanza del 3.1.2019, la causa matura per la decisione senza necessità di dare ingresso ad ulteriore istruzione della causa.

Nelle **difese conclusionali** le parti hanno ancora illustrato le rispettive posizioni, l'attrice richiamando anche l'art.6.5 del contratto d'opzione relativo all'impegno della stessa attrice a far convocare assemblea di _____ per la nomina di ulteriore membro del cda su indicazione di _____ ciò a dimostrazione della non estraneità di _____ rispetto alla gestione di _____

All'esito di tale contraddittorio reputa il Tribunale debba essere **accolta** la domanda dell'attrice relativa alla **nullità del contratto di opzione 6.3.2013** per violazione del divieto **ex art.2265 cc**.

Al riguardo va in primo luogo rilevato che la fattispecie qui controversa riguarda l'opzione *put* stipulata il 6.3.2013 contestualmente alla sottoscrizione da parte della convenuta dell'aumento con sovrapprezzo del capitale della società c.d. *target*, la SRL _____ con versamento dell'importo complessivo di euro 205.000,00 (cfr. la premessa di cui al contratto di opzione, doc.3 attrice): alla convenuta _____.

o a seguito di tale sottoscrizione divenuta titolare di partecipazione pari al 10% del capitale di
la (preesistente) socia di

o l'attrice rimasta titolare del 52% del capitale di

ha appunto concesso opzione irrevocabile ed incondizionata di vendita di tale partecipazione (cfr. art.3.1 contratto 6.3.2013) da esercitarsi tra l'1.3.2018 ed il 15.1.2019 per il corrispettivo di euro 250.000,00 (cfr. art.4.1 *ibidem*), corrispettivo da incrementarsi nel caso di eventuali esborsi sopportati nello stesso periodo da in relazione alla esecuzione di "qualsiasi operazione societaria (a titolo esemplificativo, aumenti di capitale, finanziamenti soci, etc.) idonea a preservare il valore patrimoniale" della sua quota (cfr. art.5.5 *ibidem*), essendo poi anche previsto a favore di un impegno dell'attrice relativo alla nomina di membro del CdA di su indicazione della stessa con conferimento a tale soggetto di "poteri di delega per l'operatività ordinaria" (cfr. art.6.5 *ibidem*),

o specularmente a tale opzione *put* a favore della convenuta essendo poi prevista nel contratto del 6.3.2013 opzione *call* a favore dell'attrice, da esercitarsi nello stesso periodo per il corrispettivo di euro 400.000,00 (cfr. artt. 3.2 e 4.2 *ibidem*), salvo l'incremento di prezzo di cui all'art.5.5 del contratto.

- In presenza di tali pattuizioni l'attrice e la convenuta hanno richiamato gli orientamenti sviluppatasi nella giurisprudenza di merito e di legittimità quanto alla liceità o meno di opzioni *put* a prezzo predefinito a fronte della previsione ex art.2265 cc di nullità del patto leonino con il quale "uno o più soci sono esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite", orientamenti dei quali si può in sintesi dar conto come segue:

con la **sentenza n.8927/1994** la **Cassazione** ha ritenuto la rilevanza del divieto ex art.2265 cc anche nel settore delle società di capitali ed anche in relazione a patti tra soci estranei allo statuto sociale, tale divieto riguardando "le condizioni essenziali del tipo contratto di società" nel quale "la legge ha imposto non solo la costituzione di un patrimonio sociale ma anche la formazione ad opera di tutti i soci" in modo che tutti i membri della compagine siano "partecipi del rischio di impresa al fine di garantire, nell'interesse generale, un esercizio avveduto e corretto dei relativi poteri",

o il divieto, dunque, operando in relazione a pattuizioni caratterizzate dalla "esclusione totale e costante di uno o di alcuni soci dalla partecipazione al rischio di impresa e dagli utili, ovvero da entrambe" e dovendo poi "essere riguardato in senso sostanziale, e non formale, per cui esso sussiste anche quando le condizioni della partecipazione agli utili o alle perdite siano, nella previsione originaria delle parti, di realizzo impossibile, e nella concretezza determinino una effettiva esclusione totale da dette partecipazioni",

o i patti parasociali che determinino tale situazione potendo essere considerati leciti solo laddove abbiano "una funzione causale meritevole di tutela in quanto non volta unicamente alla violazione del disposto dell'art.2265 cc ma espressione di un interesse alla buona gestione dell'impresa"¹,

♣ situazione questa ritenuta sussistente nel caso esaminato dalla sentenza, nel quale il patto parasociale riguardava una società finanziaria regionale in favore della quale

¹ Le parole in corsivo nel testo sono tratte dalla massima e dalla motivazione di Cass. n.8927/1994.

era garantito il disinvestimento senza perdite delle somme sborsate per l'acquisto della partecipazione, tale esclusione dalle perdite essendo controbilanciata dagli obblighi istituzionali della finanziaria di per sé ostativi ad una condotta improntata al disinteresse per la corretta gestione dell'impresa;

- tale orientamento di legittimità ha trovato seguito in particolare in varie **pronunce di questo Tribunale e della Corte d'appello di Milano** che hanno ritenuto la nullità di opzioni *put* a prezzo predefinito, comprendente sia l'intero ammontare del corrispettivo di acquisto della partecipazione sia gli esborsi sopportati dal socio "leone" per operazioni di ricapitalizzazione della società partecipata, e invece l'hanno negata laddove la esclusione dalle perdite prevista dai patti non si presentava "totale e costante", ad esempio perché non riguardante gli esborsi connessi a ricapitalizzazione della società partecipata (nel primo senso cfr. Tribunale Milano 30.12.2011, reperibile in www.giurisprudenzadelleimprese.it, nonché CA Milano 17.9.2014 nel proc. rg n.3937/2011 e CA Milano 19.2.2016 nel proc. Rg n.2338/2012; nel secondo senso cfr. Tribunale Milano 3.10.2013, 22.7.2015, 18.10.2017, 30.1.2018, tutte reperibili in www.giurisprudenzadelleimprese.it).

o in particolare il primo gruppo di pronunce sottolineando come il contratto di opzione *put* a prezzo predefinito e comprendente ogni possibile esborso del socio "leone" relativo all'acquisto e al mantenimento della partecipazione non possa essere ritenuto di per sé meritevole di tutela in quanto connotato dalla causa di trasferimento della quota sociale, tramite tale negozio -di per sé lecito- realizzandosi in via indiretta l'effetto leonino e, dunque, ricadendosi, nella previsione ex art.1344 cc;

- in tale filone giurisprudenziale si inserisce anche la più recente sentenza di questo Tribunale 27.3.2020 nel procedimento rg n.10999/2017, nella cui motivazione così si precisa la portata della applicazione del divieto ex art.2265 cc nell'ambito delle società di capitali: *"Nelle società di capitali, dove la società è persona giuridica e la responsabilità del socio è limitata al conferimento, la perdita, per il socio, non può che essere intesa nell'accezione di cui agli artt. 2446, 2447, 2482 bis, 2482 ter cc, ovvero perdite di esercizio capaci di intaccare il capitale sociale per oltre 1/3 o addirittura di farlo scendere sotto il minimo legale; sono, invece, irrilevanti le perdite che non intaccano il capitale sociale e quelle che lo intaccano per meno di 1/3. Quindi, esclusione dalle perdite del socio di società di capitali significa che, per statuto o patto parasociale, il socio è in grado, mantenendo la stessa partecipazione, di scaricare sugli altri soci il costo delle perdite di esercizio che intaccano almeno di un terzo il capitale sociale"*;
- contrapposta all'orientamento fin qui riassunto è invece la pronuncia di legittimità di cui a **Cass. n.17498/2018**, con la quale è stata cassata la sentenza CA Milano 19.2.2016 sopra citata e secondo la cui massima: *"E' lecito e meritevole di tutela l'accordo negoziale concluso tra i soci di una società azionaria, con il quale l'uno, in occasione del finanziamento partecipativo così operato, si obblighi a manlevare l'altro dalle eventuali conseguenze negative del conferimento effettuato in società, mediante l'attribuzione del diritto di vendita (c.d. "put") entro un termine dato ed il corrispondente obbligo di acquisto della partecipazione sociale a prezzo predeterminato, pari a quello dell'acquisto, pur con l'aggiunta di interessi sull'importo dovuto e del rimborso dei versamenti operati nelle more in favore della società."*

Rispetto a tali orientamenti dunque:

- l'attrice ha fatto valere il primo, sottolineando come nel caso di specie l'opzione concessa alla convenuta comporti per quest'ultima un totale esonero dalle perdite che si fossero realizzate nella partecipata entro la scadenza del termine per l'esercizio della opzione, a essendo in sostanza assicurato il disinvestimento di tutti i capitali versati e, dunque, l'esclusione dalla partecipazione alle perdite dell'ente, alla cui gestione era peraltro previsto potesse contribuire tramite l'indicazione di un componente del CdA dotato di poteri delegati;
- la convenuta ha invece invocato il secondo, osservando come la fattispecie in discussione sia pienamente riconducibile al precedente di cui alla pronuncia di legittimità del 2018, le parti avendo inteso realizzare -tramite l'aumento di capitale assistito dall'opzione *put*- un negozio meritevole di tutela, come tale sottratto al divieto di patto leonino, avente ad oggetto un finanziamento alla partecipata con garanzia di restituzione da parte di altro socio interessato a che la SRL finanziata fosse adeguatamente ricapitalizzata.

Rispetto a tali contrapposte ricostruzioni delle parti reputa il Tribunale debba condividerci quella sviluppata dall'attrice.

Al riguardo va infatti osservato che la stessa sentenza di legittimità richiamata dalla convenuta conferma i principi enucleati dal precedente del 1994, la motivazione del 2018 così esprimendosi quanto al primo motivo di ricorso:

“L'art. 2265 cc è dettato in tema di società semplice e si collega alla particolare situazione delle società personali, in cui ogni socio di regola gestisce la società e risponde in via illimitata e personale delle obbligazioni dell'ente (salvo il socio che ciò abbia pattuito ex art. 2267 cc ed il socio accomandante).

La norma colpisce con la sanzione della nullità il «patto» avente ad oggetto l'esclusione da «ogni partecipazione agli utili o a/e perdite» maturati dalla società.

.....

Il Collegio condivide l'orientamento maggioritario, il quale reputa l'art. 2265 cc una norma transtipica.

Se la società è l'unione di più patrimoni, al fine del raggiungimento dello scopo comune di suddividere i risultati dell'intrapresa economica, si pone in contrasto con questa causa tipica la totale esclusione di uno o più soci - quali soggetti titolari di una quota del capitale sociale - da quei risultati. Il conferimento di capitale non collegato allo scopo di cooperare all'attività economica cui è volta l'impresa societaria condividendone gli esiti, pur se avente eventualmente altri fini, è dunque stigmatizzato dal legislatore con la comminatoria della nullità per il patto che abbia un simile risultato, in via diretta (art. 1418 cc) o indiretta (art. 1344 cc).
La causa del «contratto di società» è descritta nell'art. 2247 cc, il quale, accanto alla pluralità dei soci (altrimenti trattandosi di costituzione unilaterale, pur ammessa per la s.p.a. e per la S.r.l., dove permane però la potenziale pluralità dei componenti), richiede il conferimento «di beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili». La divisione delle perdite deriva implicitamente dalla situazione implicita e simmetrica in cui la società incorra in quella situazione contabile.

Ciò equivale a sostenere che il legislatore ha ammesso unicamente il contratto tipico di società pur nei differenti schemi formali integrati da ciascun tipo sociale predisposto dalla legge - al cui modello causale i soci non possono apportare deroghe idonee a snaturarne la funzione di contratto associativo.”

e, dunque, la pronuncia ribadendo:

- la vigenza transtipica del divieto ex art.2265 cc;

- la *ratio* del divieto ex art.2265 cc, *ratio* connessa alla stessa struttura causale del contratto sociale;
- la configurabilità di comminatoria di nullità per il patto che dia un risultato “leonino” sia in via diretta (art.1418 cc) sia in via indiretta (art.1344 cc)²

Secondo la pronuncia in esame, peraltro, tali principi non possono comportare la nullità di negozi quale quello in esame, prevedenti opzioni *put* a prezzo predeterminato, comprensivo anche di somme versate nelle more alla società, posto che tale tipo di negozio non viene di per sé ad alterare la causa del contratto sociale, trattandosi di mero “*trasferimento del rischio puramente interno fra un socio e un altro socio o un terzo*” privo di rilevanza reale rispetto all’ente collettivo, cosicché, in definitiva, permane inalterata “*la causa societatis del rapporto partecipativo*”, in particolare in quanto il “*socio finanziatore assume tutti i diritti e gli obblighi del suo status, ponendosi il meccanismo sul piano della circolazione delle azioni piuttosto che su quello della ripartizione degli utili e delle perdite*”,

o essendo poi da ritenere di per sé meritevole di tutela la causa concreta del negozio di opzione, risolvendosi in una causa mista, associativa e di finanziamento dell’impresa sociale, “*con la connessa funzione di garanzia assolta dalla titolarità azionaria e dalla facoltà di uscita dalla società senza la necessità di pervenire, a tal fine, alla liquidazione*”,

o e, d’altra parte, il rapporto potere/rischio non risultando dai più recenti sviluppi normativi connotato in senso necessariamente indissolubile.

Tale seconda parte delle considerazioni dei giudici di legittimità non paiono peraltro convincenti al Tribunale, posto che si risolvono, in definitiva, nella negazione della configurabilità di un effetto leonino indiretto, configurabilità affermata invece in via generale nella prima parte della motivazione in riferimento alla disciplina di cui all’art.1344 cc.

Secondo la pronuncia in esame, infatti, il divieto di patto leonino potrebbe predicarsi solo rispetto a clausole che esonerino il socio “leone” dalla sopportazione di qualsiasi perdita risultante dal bilancio sociale (o, viceversa, escludano un altro socio dalla divisione degli utili maturati e in distribuzione), così realizzandosi una anomala suddivisione dei risultati dell’impresa economica “*tipicamente propria dell’intera compagine sociale e con rilievo reale verso l’ente collettivo*”: il che vale a dire, appunto, che il divieto è destinato ad operare:

- solo in via diretta, laddove le pattuizioni (statutarie, pare di comprendere dalla motivazione) esplicitino una simile negazione della causa del contratto sociale,
- e non anche in via indiretta, laddove al medesimo risultato si pervenga attraverso negozi che, regolando il diverso momento della circolazione delle quote tra i soci, assicurino comunque al socio “leone” una posizione sostanzialmente indifferente rispetto agli esiti dell’impresa sociale e, dunque, una posizione in contrasto con la *causa societatis* e, appunto, con la regola ex art.2265 cc che ne è diretta espressione³,

² Tale parte della motivazione in esame è stata di recente richiamata dalla sentenza della Corte d’appello di Milano 13.2.2020 nel proc. rg n.5727/2017 reperibile sul sito www.ilcaso.it, nella quale si conclude per la nullità di opzione *put* a prezzo predeterminato sul presupposto che le clausole negoziali comprendessero nella predefinitone del prezzo anche gli esborsi medio tempore sopportati dal socio in relazione ad aumenti di capitale e, dunque, comportassero, una esclusione assoluta dalle perdite.

³ La “garanzia” prestata (in senso atecnico) dal socio obbligato dall’opzione *put* all’acquisto -a prezzo predeterminato e comprendente anche gli esborsi per operazioni di ricapitalizzazione- delle quote del socio “leone” risulta di per sé illimitata nel caso in cui gli esborsi del “leone” per operazioni di ricapitalizzazione siano ricompresi de plano nel prezzo predeterminato, cosicché, in sostanza, la vicenda complessiva risulta in contrasto anche con il principio ex art.1938 cc, per il quale la fideiussione può essere prestata anche per obbligazioni future ma con la previsione di un importo massimo garantito.

o così in definitiva la pronuncia in esame negando l'applicabilità della disciplina ex art.1344 cc nelle vicende quale quella in discussione, ponendosi in contrasto con la diversa soluzione data dalla giurisprudenza di legittimità in tema di divieto di patto commissorio e di conseguente nullità dei negozi volti a realizzare in via indiretta tal genere di accordo⁴.

Né pare poi al Tribunale che gli ulteriori passaggi della motivazione in esame siano idonei ad incidere su tale nodo di fondo, posto che:

- quanto alla causa concreta del negozio prevedente opzione *put* a prezzo predeterminato a favore di un socio, la disamina della Corte non smentisce la portata del precedente di legittimità del 1994, nel quale, come si è visto sopra, la funzione causale meritevole di tutela è identificata *"in quanto non volta unicamente alla violazione del disposto dell'art.2265 cc ma espressione di un interesse alla buona gestione dell'impresa"*,

o il che non può predicarsi nel mero intento -di per sé sotteso alle opzioni *put* a prezzo predeterminato- di reperire ed erogare un finanziamento svincolato dal rischio d'impresa, come tale connotato dalla sostanziale indifferenza del socio finanziatore rispetto all'esercizio dei propri poteri amministrativi e, dunque, in definitiva connotato - senza alcun bilanciamento analogo a quello presente nella fattispecie del 1994- dal disinteresse del socio finanziatore rispetto alla miglior gestione dell'impresa;

- quanto alla diluizione del rapporto rischio/potere sottolineato dalla motivazione di legittimità in riferimento alla più recente evoluzione normativa in tema di strumenti finanziari partecipativi nonché in riferimento a *"tutte quelle fattispecie, in cui esistono soggetti non soci dotati di diritti amministrativi e capaci di interloquire sul governo societario, e soci che invece non partecipano al voto"*, la ricorrenza normativa di diverse modulazioni del rapporto potere/rischio non pare incidere -data la diversa tipologia degli interventi normativi in discussione tutti peraltro disciplinanti specifiche condizioni di ammissibilità dei vari istituti- sulla struttura fondamentale del rapporto sociale come delineata dalla motivazione di legittimità del 1994 (e anche da quella del 2018) in riferimento alla messa in comune di patrimoni per lo svolgimento di attività economica della quale si sopportano simmetricamente i rischi e, dunque, si è interessati alla miglior conduzione.

D'altra parte poi, ad avviso del Tribunale, la più recente evoluzione normativa sembra offrire spunti anche in senso opposto a quello sottolineato dalla Corte in particolare quanto al settore delle SRL, nel quale in particolare:

- i poteri di controllo del socio sono disegnati in via incisiva dall'art.2476 cc e, dunque, la sostanziale indifferenza del socio "leone" circa l'andamento della impresa sociale viene ad incidere significativamente nell'equilibrio organizzativo dell'ente;

⁴ Quanto alla rilevanza del complessivo collegamento negoziale ai fini della valutazione di illiceità di negozi la cui combinazione realizza gli effetti del patto commissorio vietato ex art.2744 cc, cfr., ad esempio, Cass. 19.5.2004, n.9466, secondo la quale "il patto commissorio - con la conseguente sanzione di nullità - è ravvisabile anche rispetto a più negozi tra loro collegati, qualora scaturisca un assetto di interessi complessivo tale da far ritenere che il meccanismo negoziale attraverso il quale deve compiersi il trasferimento di un bene del debitore sia effettivamente collegato, piuttosto che alla funzione di scambio, ad uno scopo di garanzia, a prescindere dalla natura meramente obbligatoria, o traslativa, o reale del contratto, ovvero dal momento temporale in cui l'effetto traslativo sia destinato a verificarsi, nonché dagli strumenti negoziali destinati alla sua attuazione e, persino, dalla identità dei soggetti che abbiano stipulato i negozi collegati, complessi o misti, sempre che tra le diverse pattuizioni sia ravvisabile un rapporto di interdipendenza e le stesse risultino funzionalmente preordinate allo scopo finale di garanzia", nonché Cass. 5.3.2010 n.5426, secondo la quale "il divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 cod. civ. si estende a qualunque negozio attraverso il quale le parti intendono realizzare il fine vietato dal legislatore ed opera, quindi, anche nell'ipotesi di patto commissorio occulto avente ad oggetto immobili di proprietà di terzi, i quali assumono la figura di venditori a garanzia del debito altrui".

➤ la disciplina di postergazione riservata ex art.2467 cc ai finanziamenti comunque eseguiti dai soci in favore dell'ente in epoca di squilibrio dello stesso sottolinea la rilevanza della posizione di socio quanto all'assunzione del rischio di impresa, cosicché, *"l'ampia facoltà concessa al socio di uscire dalla compagine sociale con un alto margine di profitto, a prescindere dalla situazione patrimoniale in cui versa la società, non va a intaccare solo gli equilibri interni tra i soci, ma all'interno di una società di capitali a struttura personalistica (come si pone la società a responsabilità limitata nell'attuale contesto societario), è in grado di provocare soprattutto una grave e diretta lesione dell'interesse della società ad essere gestita mediante il contributo e l'apporto di ogni socio, nessuno escluso, ai fini del suo buon governo"* (così, in motivazione, CA Milano 17.9.2014, sopra citata).

Per quanto fin qui detto deve dunque conclusivamente darsi seguito all'orientamento di cui a Cass. n.8927/1994 e alle pronunce sopra citate di questo Tribunale e della Corte milanese nel senso della **declaratoria di nullità ex art.2265 cc del negozio 6.3.2013**, negozio il quale:

- reca, come si è visto sopra, opzione *put* a favore della convenuta, con previsione di corrispettivo predeterminato di per sé superiore al versamento in conto capitale eseguito dalla convenuta al momento dell'ingresso nella compagine sociale e comprensivo anche degli esborsi *medio tempore* eseguiti dalla convenuta in favore della società,
- e, dunque, realizza in via indiretta il risultato vietato dall'art.2265 cc, vale a dire l'esclusione della convenuta dal sopportare le perdite della SRL che ne abbiano intaccato il capitale in misura rilevante ex artt. 2482bis e 2482ter cc, al riguardo dovendosi solo ancora aggiungere:

o che, contrariamente a quanto sostenuto dalla convenuta, nel caso di specie il patto non può sfuggire alla sanzione di nullità per la contestuale previsione di opzione *call* a favore dell'attrice, tale previsione non potendo di per sé elidere i profili di nullità sopra evidenziati, non incidendo sullo squilibrio della posizione del socio "leone" rispetto alla causa sociale determinato dai caratteri della contrapposta opzione *put*,

o e che del pari irrilevante è poi la circostanza che la convenuta abbia effettivamente eseguito esborsi in favore della società *medio tempore* (pur non richiedendo la relativa integrazione del corrispettivo in questa sede), la nullità in discussione andando valutata nel momento genetico del negozio.

Alla declaratoria di nullità del negozio 6.3.2013 come sopra pronunciata consegue poi il **rigetto delle domande riconvenzionali** della convenuta fondate su tale negozio.

Le **spese di lite** possono essere interamente compensate tra le parti in ragione della ricorrenza di precedenti di legittimità e di merito contrastanti sulla questione come sopra ritenuta dirimente.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni altra istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

1. in accoglimento della domanda principale dell'attrice, dichiara la nullità del contratto di opzione stipulato *inter partes* il 6.3.2013;
 2. rigetta le domande riconvenzionali formulate dalla convenuta;
 3. compensa interamente tra le parti le spese di lite.
- Così deciso in Milano, il 16 luglio 2020.

*il Presidente est.
Elena Riva Crugnola*