

Fieconi

N. 10518/2006 R.G.

SENT. 5525/08

REP. 4464/08

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

il TRIBUNALE di MILANO

- sezione ottava civile -

nelle persone di:

Fernando CIAMPI **Presidente**

Francesca FIECCONI **Giudice**

Alessandra DAL MORO **Giudice rel.**

riunito in camera di consiglio ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al numero di Ruolo Generale sopra riportato promossa

DA

ZACCHERA Francesco (C.F. ZCCFNC26A17C127E), nato a Castell'Alfero il 17.01.1926;
ZACCHERA Pier Francesco (C.F. ZCCPFR75R08Z133D), nato a Locarno (Svizzera) il 8.10.1975, **ZACCHERA Sabrina** (C.F. ZCCSRN69B43Z133J), nata a Locarno (Svizzera) il 3.02.1969; **ZACCHERA Raffaele** (C.F.: ZCCRFL78M02F952Z), nato a Novara il 2.08.1978; **ZACCHERA Corrado** (C.F. ZCCCRD73B15F952J), nato a Novara il 15.02.1973; **TOMA Teresa** (C.F. TMOTRS47P47F952C), nata a Novara il 7.09.1947, tutti rappresentati e difesi, per mandato a margine dell'atto di citazione, dagli Avv.ti Gaetano Franchina e Massimo Gambino ed elettivamente domiciliati presso lo studio di quest'ultimo in Milano, Via Francesco Sforza, n. 15

ATTORI

CONTRO

FINCAF S.p.A. (C.F. 08640520154), in persona del suo Amministratore Unico Dott. Gianfranco Buschini, con sede in Milano, Via Abbondio Sangiorgio, n. 12, rappresentata e difesa, per mandato in calce alla comparsa di costituzione e risposta, dagli Avv.ti Prof. Marco S. Spolidoro e Giorgio Battisti ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Milano, Via Mozart, n. 2

CONVENUTA

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Gli attori, con atto di citazione notificato il 9 febbraio 2006, nella qualità di soci della Fincaf S.p.A., hanno impugnato la deliberazione assunta in data 24.10.2005 dall'assemblea riunita in sede straordinaria (seconda convocazione) di "adozione nuovo testo di statuto sociale, anche per adeguarlo alle norme del Decreto Legislativo n. 6/2003" (cfr. doc. 1 fasc. attori).

In particolare hanno dedotto l'annullabilità della delibera per le seguenti ragioni:

- violazione dell'art. 2369, 3° comma, c.c. per mancato rispetto del quorum deliberativo, stante il voto favorevole del 63,08 % del capitale sociale, inferiore ai 2/3 dell'intero capitale sociale intervenuto in detta assemblea;
- violazione dell'art. 34, 6° comma, D. Lgs. n. 5/2003 per aver introdotto una clausola compromissoria recante arbitrato rituale senza il rispetto del quorum deliberativo di 2/3 del capitale sociale, previsto dalla norma citata;
- introduzione di una nuova disciplina, più limitativa rispetto alla precedente, della circolazione delle partecipazioni sociali, in particolare di clausola di prelazione e di mero gradimento, nonché di clausola di riscatto;
- violazione dell'art. 2437-ter c.c. in relazione al diritto di informativa dei soci circa il valore dell'azioni in occasione dell'adozione di delibera assembleare che, come quella impugnata, legittimi il recesso.

Gli attori hanno formulato, in via subordinata, domanda di risarcimento per i danni patrimoniali loro cagionati per effetto dell'adozione della delibera impugnata, da quantificarsi anche in via equitativa.

La Società convenuta ha preliminarmente eccepito l'incompetenza del Tribunale rispetto alla controversia così promossa stante la clausola compromissoria di cui all'art. 57 del nuovo Statuto approvato con la delibera impugnata del 24.10.2005; nel merito ha contestato la fondatezza delle domande attoree.

Esaurito lo scambio delle proprie memorie difensive, le parti concludevano nei termini che seguono:

per gli attori, *"1. in via preliminare: rigettare, per le ragioni illustrate in seno alla memoria di replica dell'attore in data 22 giugno 2006, l'eccezione di compromesso come formulata dalla difesa dalla società convenuta e pertanto dichiarare la propria competenza a conoscere in ordine all'impugnazione proposta; 2. nel merito: dichiarare, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2377 cod. civ., annullabile la deliberazione dell'assemblea in sede straordinaria dei soci della FINCAF S.p.A. in data 24 ottobre 2005 relativa all'adozione di un nuovo statuto*



sociale; in via subordinata, accertare che per effetto dell'adozione della deliberazione impugnata è stato cagionato ai sigg.ri soci un rilevante danno patrimoniale e, per l'effetto, condannare la convenuta al risarcimento del corrispettivo monetario, anche in via equitativa, in corso di giudizio. Il tutto con vittoria di spese e compensi di giudizio da porsi a carico della convenuta società”;

per la convenuta, “Piaccia all’ill.mo Tribunale, respinta ogni diversa istanza, così giudicare: in via preliminare, rilevata la presenza di una clausola compromissoria nello statuto della Fincaf, dichiararsi privo dei poteri di conoscere la presente controversia in quanto spettante alla giurisdizione arbitrale. In via subordinata e nel merito, respingere la domanda ex adverso proposta in quanto infondata in fatto e in diritto. In ogni caso condannare gli attori al pagamento delle spese, competenze e onorari del presente giudizio”.

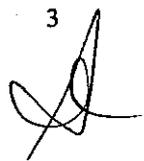
Il Tribunale, disposta ex art. 2378 c.c., con ordinanza riservata del 7-8.11.2006, la sospensione della delibera impugnata limitatamente alla parte in cui aveva approvato il nuovo testo dell’art. 57 dello Statuto sociale, con decreto del 7-8.11.2006 ha fissato ex art. 12 D. Lgs. n. 5/2003, l’udienza collegiale del 15.02.2007, che, poi, è stata più volte differita (dapprima per istanza concorde delle parti ed, in seguito, per sopravvenute esigenze organizzative riconducibili al trasferimento del Giudice relatore originariamente designato) sino all’udienza del 10.4.2008.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente deve essere rigettata l’eccezione di arbitrato sollevata dalla difesa della società convenuta.

Al riguardo, al fine di affermare la “competenza” dell’organo giurisdizionale adito, il Collegio dà atto della regola generale per cui gli Arbitri sono tenuti a giudicare sulla propria *potestas iudicandi*, cioè ad accertare l’esistenza, la validità e l’esatta portata della clausola compromissoria; tuttavia, come si osserva nell’ordinanza ex art. 2378 c.c. del 7-8.11.2006, questa regola generale non esclude la “competenza” del Giudice ordinario quando come nella specie si tratti di giudicare della validità della delibera che abbia introdotto una clausola compromissoria, poiché il tema di lite in questo caso riguarda proprio legittimità non della clausola ma della delibera assembleare che l’ha introdotta.

D’altro canto, diversamente opinando si darebbe luogo al paradosso per cui ove gli Arbitri annullassero la delibera introduttiva della loro *potestas iudicandi*, stante l’efficacia *ex tunc* di tale pronuncia costitutiva, eserciterebbero un potere di cui riconoscono di essere privi proprio in ragione della loro pronuncia.



Pertanto il Tribunale è competente a conoscere del merito.

La domanda proposta in via principale è fondata e deve trovare accoglimento nei termini che seguono.

Osserva anzitutto il Collegio che la deliberazione del 24.10.2005 dell'assemblea straordinaria dei soci della Fincaf S.p.A., pur risultando da un'unica votazione, avente ad oggetto l'intero articolato del nuovo Statuto sociale, in realtà consta di una pluralità di decisioni dell'organo assembleare, precisamente tante quante sono gli articoli dello Statuto oggetto di modifica.

Ciò premesso si rileva che, con l'atto di citazione gli attori hanno impugnato la delibera citata limitatamente alle modifiche apportate ai seguenti articoli dello Statuto sociale: art. 4 ("Oggetto sociale"), art. 11 ("Clausole di prelazione e di gradimento"), art. 12 ("Azioni riscattabili") ed art. 57 ("Clausola compromissoria").

L'impugnazione si fonda, in parte, su vizi comuni ed, in parte, su profili di illegittimità che attengono specificatamente alla delibera che ha interessato determinati articoli dello Statuto. Quali vizi comuni vengono dedotti il mancato rispetto del *quorum* deliberativo previsto dall'art. 2369, 3° comma, c.c. e l'inosservanza, da parte dell'Amministratore Unico della società convenuta, di quanto disposto dagli artt. 2437 e 2437-ter c.c., per l'ipotesi in cui l'assemblea sia chiamata a deliberare su materie che comportano il diritto di recesso per i soci che non abbiano concorso all'approvazione della delibera. Quali vizi specifici gli attori lamentano, con riferimento all'azione sinergica degli artt. 11 e 12, l'introduzione di una disciplina illegittima perché « non realizza l'interesse al rapido disinvestimento delle partecipazioni sociali pervenute per successione », nonché, con riferimento all'art. 57, il mancato rispetto del *quorum* deliberativo di due terzi del capitale sociale previsto dall'art. 34, 6° comma, D. Lgs. n. 5/2003.

Il Collegio rileva che il profilo di illegittimità della delibera impugnata per inosservanza degli artt. 2437 e 2437-ter c.c. deve essere esaminato per primo, trattandosi di vizio che attiene agli aspetti preliminari del procedimento di approvazione della delibera e che, pertanto, ha valore potenzialmente assorbente rispetto agli altri vizi denunciati, compreso quello dedotto con riferimento alla violazione del *quorum* deliberativo. Infatti, se la determinazione del valore di liquidazione delle azioni, con conseguente diritto dei soci di conoscere tale valore ed i criteri in base ai quali esso è stato determinato, deve essere considerato adempimento preliminare necessario perché l'assemblea possa validamente deliberare su materie che legittimano l'esercizio del diritto di recesso dei soci, ne risulterebbe che la delibera impugnata dovrebbe essere annullata per ciò solo, con assorbimento degli ulteriori profili di illegittimità posti a



fondamento della domanda.

Al riguardo, la difesa della convenuta nega che sussistesse nella specie il presupposto per l'applicazione della norma di cui all'art. 2437-ter c.c., che cioè i soci fossero chiamati a deliberare su materie che attribuiscono al socio che non abbia concorso alla decisione il diritto di recesso.

Ad avviso del Tribunale tale contestazione non può trovare accoglimento. Infatti, per quanto concerne la modifica dell'oggetto sociale, la nuova formulazione dell'art. 4 dello Statuto ha comportato un'estensione delle attività della Fincaf, la quale, ferma la possibilità di assumere partecipazioni in altre società ed enti, potrà, altresì, fornire servizi commerciali ed amministrativi a favore delle società controllate e collegate, nonché erogare a queste ultime mutui e finanziamenti, ovvero procacciare a loro vantaggio mutui e finanziamenti prestati da terzi.

Non può essere condivisa la tesi della difesa della società convenuta, secondo la quale le nuove attività contemplate nel riformulato art. 4 dello Statuto sociale non comporterebbero nessun aggravamento o cambiamento del rischio degli azionisti ed, anzi, non sarebbero altro che una migliore specificazione dell'attività di "esecuzione di affari finanziari e immobiliari" già contemplata nel testo originario dell'art. 4 dello Statuto, poiché nella specie risulta effettuata non una "specificazione" bensì un'estensione dell'oggetto sociale con una nuova operatività in settori che implicano l'assunzioni di obbligazioni verso terzi prima non previste, dunque una correlativa modificazione delle condizioni di rischio degli azionisti e delle aspettative di redditività in relazione all'aumento dei costi operativi funzionali all'accentramento dei servizi commerciali e amministrativi per le controllate e collegate che esercitano imprese diverse. Sicché il cambiamento dell'attività della società merita di essere qualificato come "significativo" agli effetti della previsione normativa di cui alla lettera a) del primo comma dell'art. 2437 c.c..

La difesa della Fincaf sostiene poi che nella specie non fosse applicabile la causa legale di recesso, prevista dall'art. 34, 6° comma, D. Lgs. n. 5/3003 in relazione all'introduzione o soppressione di clausole compromissorie: secondo la tesi della convenuta il nuovo art. 57 cit. avrebbe solo sostituito l'arbitrato libero previsto dall'art. 33 dello Statuto previgente, con l'arbitrato rituale, ottemperando peraltro alla disciplina imperativa del D. Lgs. sopra citato. Il Collegio ritiene infondato l'assunto: condividendo le argomentazioni dell'ordinanza ex art. 2378 c.c. del 7-8.11.2006 e richiamando la giurisprudenza del Tribunale adito (cfr. Trib. Milano, 4.5.2005, in Giur. It. 2005, I, 1653), ritiene che, non avendo la società proceduto ad

5


adeguare la clausola arbitrale alla disciplina imperativa del D. Lgs. n. 5/2003 entro il termine perentorio previsto dall'art. 223-bis disp. att. c.c., sia sopravvenuta la nullità della clausola compromissoria di cui all'art. 33 dello Statuto previgente. Di conseguenza, non essendo in grado una clausola nulla di dispiegare effetto alcuno, le modificazioni introdotte in data 24.10.2005 debbono effettivamente essere apprezzate alla stregua non già di mero adeguamento, bensì di una vera e propria introduzione *ex novo* della clausola di arbitrato, con conseguente diritto dei soci assenti o dissenzienti di recedere dalla società ex art. 34, 6° comma, D. Lgs. n. 5/2003.

Infine, anche la deliberazione riguardante gli articoli dello Statuto sociale relativi ai limiti alla circolazione dei titoli azionari, sia per atto tra vivi che per successione a causa di morte, comporta il diritto di recesso per i soci che non abbiano concorso alla sua approvazione. Infatti, sebbene l'art. 9 dello Statuto previgente già contemplasse, nel caso di cessione delle azioni a terzi per atto tra vivi, il diritto di prelazione e quello di gradimento dei soci, come ammesso dalla stessa società convenuta (cfr. pag. 15, ultimo capoverso, della memoria conclusionale nell'interesse di Fincaf S.p.A.), con la delibera del 24.10.2005 è stata introdotta *ex novo* la riscattabilità delle azioni cadute in successione. Di conseguenza, visto che il riscatto ex art. 2437-sexies c.c. costituisce un vincolo al trasferimento *mortis causa* dei titoli azionari (com'è evidente se si considera che, esercitato il riscatto, le azioni cadute in successione verranno sottratte alla titolarità dell'erede legittimo o testamentario per essere offerte in opzione ai soci superstiti o acquistate dalla stessa società), risulta integrata la causa legale di recesso di cui alla lettera b) del secondo comma dell'art. 2437 c.c..

Accertato quindi che le materie su cui ha deliberato l'assemblea straordinaria della società convenuta integrano cause legali di recesso per i soci che, come gli attori, non hanno concorso all'approvazione delle modifiche statutarie, e dato atto che la stessa difesa della Fincaf ammette che l'Amministratore Unico della società non ha adempiuto all'obbligo di determinare il valore di liquidazione delle azioni (cfr. art. 2437-ter, 2° comma, c.c.), non consentendo, così, ai soci di poter conoscere tempestivamente detto valore ed i criteri adottati per determinarlo (cfr. art. 2437-ter, 5° comma, c.c.), è necessario stabilire se da tale omissione dell'organo amministrativo consegua l'annullabilità della delibera assembleare.

Il Collegio reputa che il vizio procedurale denunciato dagli attori comporti l'illegittimità della delibera impugnata, con suo conseguente annullamento ex art. 2377 c.c..

Al riguardo, preliminarmente, il Tribunale nota come, in relazione alla questione di diritto sopra esposta, non risultano esservi precedenti giurisprudenziali e si registrano diverse

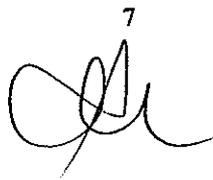


opinioni in dottrina. Da un lato, vi è chi rimarca che il diritto a conoscere la determinazione del valore del titolo partecipativo (peraltro contestabile *ex art. 2437-ter*, 6° comma, c.c.) appare funzionale a tutelare l'interesse, individuale ed esclusivo, del socio ad esercitare, nella piena consapevolezza delle conseguenze patrimoniali, il diritto di recesso attribuito dalla legge o dallo statuto; sicchè la mancata determinazione di tale valore priverebbe il socio soltanto della *preventiva* conoscenza del valore attribuito dall'organo amministrativo alla sua partecipazione azionaria, senza pregiudicare il suo diritto di recesso che, potrà, comunque, essere esercitato, salva la possibilità di contestare la liquidazione della quota determinata successivamente all'adozione della delibera modificativa dello statuto perché non corrispondente al valore intrinseco del suo pacchetto azionario.

Detto altrimenti, secondo questa prima opzione ermeneutica, il deficit di informazione in commento impedirebbe un esercizio del tutto consapevole del diritto di recesso, non del diritto di voto e, di conseguenza, la delibera non sarebbe annullabile, ma, semmai, l'inottemperanza all'obbligo previsto dall'*art. 2437-ter*, 2° comma, c.c. potrebbe fondare un'azione di responsabilità contro gli amministratori *ex art. 2395 c.c.*

Per contro, in base all'opposta (e maggioritaria) opinione emersa in dottrina, stante l'attenzione dedicata dal legislatore della riforma al diritto di recesso del socio nella s.p.a., disciplinato analiticamente anche negli aspetti procedurali, il mancato o tardivo deposito della determinazione del valore di liquidazione delle azioni integrerebbe vizio procedurale incidente sulla validità della delibera assembleare, assunta in violazione di un preciso disposto normativo. Specie nelle società con azioni non quotate nei mercati regolamentati - per le quali manca un dato, oggettivo e liberamente accessibile qual è il prezzo di quotazione del titolo - la discrezionalità (sia pure di tipo c.d. "tecnico") dell'organo amministrativo nel momento in cui procede alla determinazione del valore dei titoli partecipativi, renderebbe le formalità procedurali di cui all'*art. 2437-ter*, 2° comma, c.c. ed il correlativo diritto d'informazione riconosciuto ai soci dal 5° comma dello stesso articolo, di importanza tale da far ritenere "sanzione" adeguata, per l'ipotesi di violazione delle norme citate, l'annullabilità della delibera ai sensi dell'*art. 2377 c.c.*

Il Collegio, aderendo alla seconda tra le ricostruzioni dottrinali sopra menzionate, a conferma dell'annullabilità della delibera per inosservanza dell'*art. 2437-ter c.c.*, evidenzia come l'obbligo dell'organo amministrativo di procedere alla previa valutazione del valore di liquidazione delle azioni, possa intendersi come posto nell'interesse alla piena informazione dei soci chiamati a decidere una modifica statutaria che può far sorgere il diritto di recedere,

7


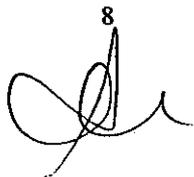
e ciò non solo nell'ottica del socio che a fronte di detta modifica intenda recedere, ma anche dei soci che, pur non intenzionati a recedere, possano valutare appieno il valore del loro voto e quindi anche l'impatto economico - per i soci e per la società stante il disposto dell'art 2437 quater c.c. - di una modifica statutaria che possa indurre taluni al recesso.

Pare al Tribunale, in altri termini, che gli adempimenti procedurali di cui all'art. 2437-ter siano previsti altresì per tutelare l'esigenza, obiettiva e superindividuale, di corretta informazione dell'assemblea dei soci, affinché la discussione e la votazione circa la modifica dello statuto possa svolgersi avendo contezza del valore attribuito alle azioni, dato significativo in relazione all'oggetto della deliberazione, visto che l'esercizio del diritto di recesso comporta le conseguenze di cui all'art. 2437-quater c.c., tra le quali, in *extrema ratio*, anche la necessità di deliberare lo scioglimento della società.

D'altro canto, l'importanza della determinazione del valore delle azioni e l'esigenza che essa esprima, con obiettività e nell'interesse generale, il valore reale della partecipazione, risulta confermata dalla previsione legislativa che impone agli amministratori di procedervi previa acquisizione del parere non vincolante del collegio sindacale e del soggetto incaricato della revisione contabile.

La difesa della società convenuta osserva - anche alla luce delle modifiche che l'art. 2437-ter c.c. ha subito in sede di formulazione - che la determinazione del valore della quota non può considerarsi un elemento del procedimento che deve sempre essere rispettato, ma un elemento correlato al diritto del socio di chiedere di conoscere tale valore, onde - sembra di capire - gli amministratori dovrebbero fornirlo prima dell'assemblea solo su richiesta dei soci. Il Tribunale non condivide questa impostazione, sia perché la stessa si presta ad abusi ogni qual volta nell'ordine del giorno non sia esplicitata l'assunzione di delibere che possano determinare il recesso (come nella specie), sia perché il combinato disposto degli artt. 2437 e 2437 ter c.c. pare correlare il diritto dei soci di conoscere 15 giorni prima dell'assemblea la determinazione del valore delle azioni al mero fatto che sia convocata un'assemblea per l'assunzione di delibere che per legge o per statuto attribuiscono il diritto di recesso; anche in considerazione del fatto che l'espletamento degli adempimenti che l'art. 2437 ter c.c. pone a carico degli amministratori pare incompatibile con i termini previsti per la convocazione dell'assemblea cui all'art. 2366 c.c. (15 o 8 giorni prima).

Il diritto dei soci fissato nella norma è "il diritto di conoscere" non "il diritto di richiedere" la determinazione del valore di liquidazione delle azioni, formulazione quest'ultima che, certo, il legislatore avrebbe potuto preferire se la *ratio* della norma fosse quella prospettata

8


nell'interpretazione della convenuta, la quale, per converso, risulta forzata proprio alla luce della formulazione prescelta.

Infine la constatazione della difesa della Fincaf, secondo cui, in assenza della predeterminazione del valore da parte degli amministratori, il socio recedente potrà contestare nel merito la tardiva determinazione del valore senza dover rispettare il termine di decadenza previsto dalla norma, è neutra rispetto al problema della validità della delibera di approvazione della modifica statutaria, specie se, come visto, si considera che gli obblighi violati non sono posti nell'esclusivo interesse del socio recedente, essendo altresì funzionali alla completa informazione dell'organo assembleare.

Accolto il motivo di impugnazione relativo alla illegittimità della delibera dell'assemblea straordinaria della Fincaf S.p.A. del 24.10.2005 per inosservanza degli obblighi di cui agli artt. 2437 e 2437-ter c.c., ne risulta l'assorbimento degli ulteriori profili di illegittimità posti dagli attori a sostegno della domanda di annullamento.

Per quanto concerne il regolamento delle spese del presente giudizio, considerata la novità della questione esaminata e della mancanza di precedenti giurisprudenziali circa le conseguenze derivanti dall'inosservanza degli obblighi imposti dall'art. 2437-ter, 2° e 5° comma, c.c., appare equo compensarle al 50% tra le parti, ponendo il restante 50%, liquidato come in dispositivo, a carico della soccombente società convenuta.

P.Q.M.

Il Tribunale di Milano, sezione ottava civile, in composizione collegiale definitivamente pronunciando così provvede:

ACCOGLIE

la domanda proposta in via principale dagli attori e, per l'effetto,

ANNULLA

la delibera dell'assemblea straordinaria della Fincaf S.p.A. in data 24.10.2005 di "adozione nuovo testo di statuto sociale, anche per adeguarlo alle norme del Decreto Legislativo n. 6/2003" nella parte in cui ha approvato il nuovo testo dei seguenti articoli dello statuto sociale: art. 4 ("Oggetto sociale"), art. 12 ("Azioni riscattabili") ed art. 57 ("Clausola compromissoria"), con ogni conseguente incombenza anche ai sensi dell'art. 2378, ultimo comma, c.c.

CONDANNA

la convenuta Fincaf S.p.A., alla rifusione a favore degli attori del 50% delle spese del presente grado di giudizio, liquidate in complessivi Euro 10.246,25, oltre C.P.A. ed I.V.A. se dovuta,

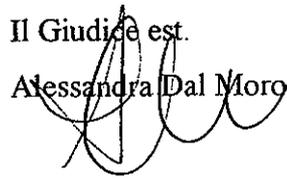


di cui Euro 7.500,00 per onorari, Euro 1.270,00 per diritti ed Euro 1.476,25 per rimborso forfettario del 12,50% e spese imponibili, disponendo la compensazione tra le parti del rimanente 50%.

Milano 10 aprile 2008

Il Giudice est.

Alessandra Dal Moro



Il Presidente

Fernando Ciampi



Sentenza redatta in collaborazione con il magistrato ordinario in tirocinio Nicola Greco

Depositato OGGI
in Cancelleria

30 APR. 2008

IL CANCELLIERE C2

Dott.ssa Eugenia Galioni

