



ASSOCIAZIONE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI DELLE TRE VENEZIE

# INSERTO

## I PATTI PARASOCIALI

I principali patti parasociali concernenti la *governance* delle società. Le diverse fattispecie di patti. Aspetti applicativi

**Luciano Francini**  
Ordine di Treviso

# I PATTI PARASOCIALI

## I principali patti parasociali concernenti la *governance* delle società. Le diverse fattispecie di patti. Aspetti applicativi

Luciano Francini\*  
Ordine di Treviso

### 1. Premessa

I patti parasociali hanno visto un'evoluzione che, dalla riservatezza<sup>1</sup> delle riunioni pre-assembleari, li ha portati a soluzioni e accordi sempre più complessi e solo di rado riconducibili a un'unica fattispecie, in ciò guidati da una consuetudine operativa che è proseguita, a dispetto delle iniziali resistenze di dottrina e, ancor più, della giurisprudenza, nel quasi totale disinteresse del legislatore, fino a conquistarsi il dovuto riconoscimento quale espressione dell'autonomia contrattuale.

Nella realtà gli accordi stipulati collateralmente, ovvero preliminarmente, al contratto sociale contengono, se non tutte, almeno alcune delle fattispecie di patti parasociali<sup>2</sup> che andremo ad esaminare, spesso collegate fra loro, così che una singola clausola è legata o subordinata al corretto funzionamento dell'altra in una concatenazione più o meno complessa. Tale complessità è conseguenza diretta dei molteplici aspetti che sovrintendono il controllo e, più in generale, le vicende degli organismi associativi vale a dire, per quanto qui ci interessa primariamente, della *governance* societaria.

Proprio di quest'ultima, intesa come "complesso delle attività svolte dagli organi societari (assembleare, di amministrazione, di controllo)", in quanto è nella loro combinazione che risiede il funzionamento dell'ente<sup>3</sup>, sembra interessarsi il legislatore con gli artt. 2341 bis e 2341 ter 5 del c.c., laddove si preoccupa di regolare (sotto alcuni aspetti) i "patti ... stipulati al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società"<sup>4</sup>.

Ogni società, ancorché unipersonale, presenta regole che, essendo proprie della società e non del socio che ne fa parte o che si pone in relazione con essa, sono distinte e spesso confliggenti con quelle del singolo. Questa potenziale contrapposizione di interessi determina che spesso si cerchino meccanismi

atti ad evitarla o, meglio, a neutralizzarla. I patti parasociali sono proprio uno di questi strumenti.

Da questa breve premessa, si comprende anche perché il legislatore si sia così scarnamente interessato<sup>5</sup> di trattare i molteplici aspetti e contenuti dei patti parasociali limitandosi piuttosto a regolarne la conoscibilità da parte degli altri soci e dei terzi<sup>6</sup>; anche le annotazioni in termini di durata appaiono più come una limitazione dell'autonomia privata ai fini di tutela dei terzi, e segnatamente dei soci, tenuto conto del percorso giurisprudenziale che aveva già delineato la necessità di determinatezza dei patti<sup>10</sup>, cioè al fine di evitare "cristallizzazioni della proprietà o del governo societario"<sup>11</sup>.

Un'ultima considerazione di carattere generale è da fare. E' solo intuibile con quale cospicua frequenza siano sottoscritti patti parasociali e quale sia la loro durata effettiva, ben oltre il termine triennale ovvero quinquennale stabilito dal legislatore. Ciò nonostante la pattuizione extra-societaria (a differenza della regolamentazione statutaria che è confinata dalle corrispondenti norme di riferimento<sup>12</sup>), pur in astratto lasciata alla volontà delle parti ed a tutt'oggi rappresentata da contratti atipici o solo parzialmente tipici<sup>13</sup>, trova un preciso limite nelle stesse norme imperative che sottendono la regolamentazione statutaria<sup>14</sup>.

Questo per sottolineare la distanza fra dottrina e giurisprudenza da un lato e

*\*Il presente lavoro è stato predisposto in collaborazione con la Commissione di Studio di Diritto Civile e Commerciale dell'Ordine di Treviso, e in particolare con l'avv. Maria Laura Triches e con il dott. Umberto Romano, ed è stato oggetto di una specifica relazione nell'ambito di un convegno su "I Patti Parasociali" organizzato dall'Ordine stesso in collaborazione con la locale Camera Civile Avvocati e Unindustria Treviso, tenutosi il 13 dicembre 2013.*

<sup>1</sup> Per non usare termini più forti, quali "fitto velo di riservatezza", "aurea sulfurea", "accordi semiclandestini" ed "opacità" usati da R. RORDORF, *I sindacati di voto*, in *Le Società*, 2003, pag. 19 e ss.

<sup>2</sup> La distinzione fra "patti sociali", "patti parasociali" e "patti extrasociali" ha ora un'importante funzione nell'assoggettabilità alle norme codicistiche (e ancor prima del T.U.F.) come ben sottolineato da G.A. RESCIO, *I patti parasociali nel quadro dei rapporti contrattuali dei soci*, in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 1, UTET, Torino, 2006, pag.447 e ss.

<sup>3</sup> Evitando, almeno in questa fase, di chiamare in causa soggetti esterni quali fornitori, clienti, società collegate, ecc. che peraltro sono normativamente coinvolti dall'art. 2341 bis c.c.

<sup>4</sup> A. PICCIAU, *Patti parasociali*, in *Commentario alla riforma societaria diretto da P.Marchetti, Giuffrè, Milano, 2008, pag.324 e ss.*

<sup>5</sup> Cosa che non aveva fatto con gli artt. 122 e 123 del T.U.F., pur contemplando cinque modelli di patto (il sesto, indicato alla lettera d-bis dell'art. 122 del T.U.F. non può che riguardare le sole società quotate) contro i tre della norma codicistica; pur tuttavia la Consob, con propria comunicazione del 18 aprile 2000 n.DIS/29486 (sul sito internet [www.consob.it](http://www.consob.it) della medesima) aveva già individuato la funzione propria dei patti nello scopo di dare un indirizzo unitario all'organizzazione e alla gestione sociale e di cristallizzare determinati assetti proprietari (ad es. attraverso accordi di blocco, di prelazione o di co-vendita).

<sup>6</sup> L'aver individuato una finalità così generica pone ovviamente l'operatore di fronte ad una delimitazione della portata della norma. Cosa non facile tenuto conto che il fine di stabilizzazione è verificabile sotto l'aspetto delle finalità soggettive perseguite dagli aderenti, oggettivamente sottese al patto ovvero anche solo potenzialmente idonee ad incidere su proprietà e governo (ALBERTO MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve al Diritto delle società*, Cedam, Padova, 2007, pag.230). Si ritiene che il legislatore abbia inteso prestare a questi patti una particolare attenzione perché maggiormente idonei a incidere sugli interessi dei terzi (investitori, creditori, ecc.) e quindi da assoggettare a idonee forme pubblicitarie e limitazioni temporali. Non ci sentiamo di considerare "non meritevoli", ai sensi dell'art. 1322 c.c. tutti quegli ulteriori patti non aventi il fine indicato dalla legge - contra v. N.A.TOSCANO, *In tema di prelazione, libro soci facoltativo e patto di sindacato*, in *Le società*, n.4/2010, pag.430 - come pure non possiamo aderire all'affermazione che tutti i patti aventi il fine di legge possono essere considerati legittimi (vedasi, ad esempio, la delicata questione dei sindacati di gestione) - F.GALGANO - R.GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, Tomo I, Cedam, Padova, 2006, pag.132.

<sup>7</sup> Per la verità tale dizione, secondo taluno, ha ampliato, con la sua genericità e potenziale riferibilità anche ai patti fra soci di minoranza, la portata della norma oltre quelli che erano gli intendimenti del legislatore - G. SANTONI, *Patti parasociali*, in M. SANDULLI e V. SANTORO (a cura di) - *La riforma delle società*, vol.2, Giappichelli, Torino, 2003, pag.92.

<sup>8</sup> Il legislatore del '42 si è completamente disinteressato della relativa codificazione. Solo negli anni '80 sono state introdotte una serie di disposizioni di natura settoriale, culminate, complici anche le progressive aperture di dottrina e giurisprudenza, con le disposizioni del T.U.F. e segnatamente degli artt. 122 e 123. Tali ultime disposizioni vengono riproposte, nella tecnica legislativa, nei due articoli 2341 bis e 2341 ter del codice civile post-riforma societaria (A.PICCIAU, *Patti parasociali*, cit., pag.324 e ss.)

<sup>9</sup> A. FUSI, *I patti parasociali alla luce della nuova disciplina societaria e le possibili applicazioni dei voting trust* in *Le Società*, 2007, pag. 689.

<sup>10</sup> Sull'esigenza di evitare la perpetuità del vincolo obbligatorio si è espressa la Cass., 23 novembre 2001, n.14865, in *Banca dati del commercialista*.

<sup>11</sup> A. PICCIAU, *Patti parasociali*, cit., pag.353.

<sup>12</sup> Almeno in tema di s.p.a., in quanto per le s.r.l. le regole sono, almeno in parte, demandate all'atto costitutivo.

<sup>13</sup> D. PISELLI, *La validità e l'efficacia dei patti parasociali dopo la riforma societaria* - *Commento a Cass.*, Sez. I, 18 luglio 2007, n.15963, in *Le Società*, 2009, p. 200.

<sup>14</sup> In particolare, per quanto riguarda i sindacati di voto, se è vero che i patti parasociali non siano di per sé vietati, essendo ora anche legittimati dall'art.2341 bis del cod.civ., non significa che gli stessi non possano risultare illegittimi, qualora il vincolo assunto dai contraenti si ponga in contrasto con norme imperative (Cass. 18/07/2007, n.15963 in *Le Società*, 2009, pag.197).

prassi degli operatori dall'altro<sup>15</sup>. E' per questo che si ritiene di non svolgere l'analisi avendo come esclusivo riferimento le settoriali norme di legge.

## 2. Sindacati di voto

### 2.1 Definizione, natura e funzioni del patto

I sindacati<sup>16</sup> di voto, definiti dall'art. 2341 bis, 1° comma, lettera a) del Codice Civile come quei patti che "hanno ad oggetto l'esercizio del diritto di voto"<sup>17</sup> possono essere individuati, in modo più ampio, sebbene ancora approssimativo, come quelle pattuizioni in virtù delle quali uno o più soci si impegnano nei confronti di altri soci ovvero di terzi aderenti al patto, a votare o a non votare nelle assemblee sociali secondo modalità prestabilite<sup>18</sup>. Ciò possono fare con o senza che siano previsti strumenti atti ad assicurarne l'esecuzione fra cui si anticipa fin d'ora la possibilità di incaricare all'esecuzione del voto altri soci ovvero soggetti terzi.<sup>19</sup>

In merito, si ritiene di sottolineare la distinzione fra convenzione sull'esercizio del diritto di voto e convenzioni sulla titolarità del diritto di voto, dove solo la prima è compresa nella definizione di patti parasociali<sup>20</sup>, essendo la titolarità del diritto di voto disponibile, e quindi trasferibile, solo nelle ipotesi di legge<sup>21</sup>; sono infatti affette da nullità le convenzioni aventi ad oggetto la titolarità del diritto di voto che non siano normativamente previste<sup>22</sup>.

La circostanza che a tale tipologia di patti sia stata attribuita la definizione di "sindacati"<sup>23</sup>, induce a considerarli come contratti di organizzazione, associativi in senso ampio, di durata. La causa dei sindacati di voto, essendo preordinati al conseguimento di uno scopo comune è da ricercare nella funzione associativa ancorché vi sia chi faccia rientrare tali sindacati nello schema dell'associazione, della società, dell'associazione in partecipazione ovvero del consorzio oppure fra quelli aventi funzione di scambio o in una funzione meramente accessoria del vincolo di voto rispetto alla regolamentazione del possesso azionario<sup>24</sup>.

Questo non vuol dire che non si possano riscontrare sindacati<sup>25</sup> aventi come finalità quella di definire il voto in una singola assemblea, ovvero in più assemblee aventi identità di oggetto, come pure sindacati aventi causa diversa rispetto a quella appena delineata<sup>26</sup>.

Come in generale per tutti i patti parasociali, si tratta di accordi esterni al contratto sociale con i quali i soci aderenti si impegnano a predeterminare il loro comportamento, quale sarebbe consentito dai poteri e facoltà loro derivanti dalla qualità di soci<sup>27</sup>, rispetto al momento in cui tale comportamento o facoltà dovrebbero essere istituzionalmente manifestati.

Proprio l'anticipazione del momento in cui si determina la decisione assembleare, così da sottrarre la formazione della volontà assembleare alla discussione che le è propria, e la contrapposizione fra interessi del singolo, o di

pochi soci se non addirittura di "non soci", rispetto a quelli sociali hanno costituito il supporto per negare la liceità dei sindacati di voto. Tuttavia, pur con la necessità di verifica caso per caso, prima dottrina e giurisprudenza e quindi il legislatore hanno dovuto attestarne la legittimità<sup>28</sup>.

### 2.2 Le parti del sindacato di voto

Le limitate norme di legge non indicano chi siano i soggetti che possono intervenire in tali accordi. In linea generale, la natura del patto richiede la presenza di coloro che possono legittimamente esercitare il voto in assemblea, tipicamente i soci<sup>29</sup>. Non è tuttavia esclusa la possibilità che soggetti estranei alla società partecipino a tali accordi. Normalmente ciò avviene per soggetti che sono portatori di interessi a prender parte alla decisione assembleare quali, ad esempio, la capogruppo che intervenga, tramite il patto, nelle decisioni di una delle società del Gruppo a cui non partecipa direttamente ovvero il promissario acquirente delle quote<sup>30</sup> che ha interesse a determinate decisioni in funzione del suo (futuro) ingresso in società. Si ritiene comunque che non possano partecipare ai sindacati di voto quei soggetti che non potrebbero votare neanche se fossero soci<sup>31</sup>, ovvero che non potrebbero in ogni caso assumere la veste di soci<sup>32</sup>. In ogni caso al sindacato di voto deve partecipare almeno un socio<sup>33</sup>.

Altra questione è se un socio possa partecipare al sindacato "conferendo"<sup>34</sup> solo una parte della propria quota. La risposta è legata all'ammissibilità o meno del voto divergente, vale a dire che un singolo socio possa votare in modo diverso in relazione alle diverse azioni di cui egli sia titolare.

Il problema non è di poco conto, soprattutto se si tenga in considerazione il fatto di nuove acquisizioni da parte dei parasoci, con automatica (? - l'interrogativo è d'obbligo) estensione del patto alle nuove azioni<sup>35</sup>.

Un'ultima annotazione in tema di parti riguarda i patti parasociali sottoscritti da tutti i soci. Una simile pattuizione ci porrebbe di fronte ad un caso in cui il confine fra parasociale e sociale è forse superato a favore di quest'ultimo<sup>36</sup>, al punto che è stata sollevato qualche dubbio sulla legittimità di tali sindacati che, se non conseguenti ad esigenze di riservatezza, troverebbero la loro motivazione in propositi di elusione di norme imperative<sup>37</sup> e, come tali, nulli e/o inefficaci.

### 2.3 Funzionamento del sindacato

La riconduzione dei patti parasociali allo schema associativo (che fra le varie figure sembra quello più rappresentativo delle caratteristiche dello strumento) consente di introdurre la possibilità per i sindacati di dotarsi di uno schema di funzionamento del tutto simile a quello degli organismi associativi codificati.

<sup>15</sup> Emblematico l'esempio Mediobanca il cui primo patto, come riportato nel proprio sito [www.mediobanca.it](http://www.mediobanca.it), è datato 1958 (due anni dopo la quotazione) e pur con rinnovi, adattamenti ed un forte "scossone" nel mese di settembre 2013, tutt'ora esiste.

<sup>16</sup> In realtà spesso si utilizzano definizioni diverse, quali accordi, patti, pattuizioni, convenzioni di voto. Pur consapevoli che ciascun termine può individuare fattispecie peculiari, si ritiene, nella trattazione e come generalmente accettato, di utilizzare le varie locuzioni come sinonimi.

<sup>17</sup> Analoga dizione era stata anticipata dall'art. 122, primo comma del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n.58 (T.U.F.) e, ancor prima, dall'abrogato art. 27, 2° c., L.10 ottobre 1990, n.287 sulla partecipazione al capitale degli enti creditizi.

<sup>18</sup> E' dubbio se fra i sindacati di voto regolati dalla citata norma possano essere compresi i sindacati di consultazione i quali, espressamente elencati dall'art. 122 del T.U.F., potrebbero essere ricompresi fra i sindacati di voto di cui alla lettera a) del 1° comma dell'art.2341 bis c.c., ancorché pongano solo un vincolo di tipo procedimentale (obbligo di consultazione) circa l'esercizio del voto. Certo è che ben difficilmente possono essere ricompresi fra i patti destinati ad incidere sugli assetti proprietari quale condizione posta dalla norma da ultimo citata, per l'assoggettabilità ai termini di durata ed alla pubblicità.

<sup>19</sup> G. SEMINO, *Il problema della validità dei sindacati di voto*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 3.

<sup>20</sup> In tal senso anche A. PICCIAU, *Patti parasociali*, cit., pag.343; R.RORDORF, *I sindacati di voto*, cit., pag. 19.

<sup>21</sup> Artt.1550, 2° co., e 2352, 1° co., c.c.

<sup>22</sup> R.TORINO, *I contratti parasociali*, Milano, 2000, pag. 69.

<sup>23</sup> Termine con il quale si identifica "un raggruppamento di più soggetti appartenenti ad una medesima categoria a fine di tutela degli interessi comuni a detta categoria" - R. RORDORF, *I sindacati di voto*, cit., pag. 19.

<sup>24</sup> R.TORINO, *I contratti parasociali*, Milano, 2000, pag. 21 - Meritevole di indagine sarebbe anche la comparazione con le comunioni quali regolate dagli artt. 1100 e ss. c.c.

<sup>25</sup> Che qualcuno individua più propriamente come "convenzioni di voto".

<sup>26</sup> E' il caso, ad esempio dei sindacati di voto relativi alla scelta dei componenti del consiglio di amministrazione, in cui la facoltà concessa a gruppi di soci (maggioranza e minoranza; diversi rami familiari; società pubbliche e private; ecc.) presentano le caratteristiche di contratti atipici di scambio - G. SEMINO, *Il problema della validità dei sindacati di voto*, cit., pag. 140.

<sup>27</sup> R. RORDORF, *I sindacati di voto*, cit., pag. 19

<sup>28</sup> Il primo riferimento normativo rilevabile sembra essere l'art.25, D.P.R. 22 ottobre 1973, n.936, sulla Tariffa professionale dei dottori commercialisti, si è poi assistito ad alcuni interventi sporadici riferibili a singole fattispecie e settori, per arrivare nel 1998 agli artt.122 e 123 del T.U.F. il cui contenuto, come si è visto, è stato sostanzialmente riproposto negli artt. 2341 bis e ter c.c.

<sup>29</sup> Qui potrebbe sorgere una disquisizione sul termine più adatto per definire le parti del patto: parasoci, che definirebbe esclusivamente i soci che sottoscrivono il patto ovvero paciscenti, vale a dire i sottoscrittori del patto, indipendentemente dalla loro qualifica. Pur sembrando preferibile il secondo termine, nell'uso comune il termine paciscenti sta diventando desueto.

<sup>30</sup> V. infra al successivo punto 5.8

<sup>31</sup> R.TORINO, *I contratti parasociali*, cit., pag. 95

<sup>32</sup> Si pensi, ad esempio, a eventuali requisiti o limiti posti dalla legge o dallo statuto per la partecipazione alla società ovvero anche solo alle assemblee dei soci (ciò vale, ad esempio, per gli amministratori non soci della s.p.a., in forza del divieto di delega agli stessi di cui all'art. 2372 c.c.) .

<sup>33</sup> Si veda tuttavia la riflessione di cui alla nota 92.

<sup>34</sup> Termine improprio in quanto il patto ha ad oggetto non già le azioni quanto l'esercizio del diritto di voto che le stesse conferiscono al loro portatore.

<sup>35</sup> Ancor più improbabile la "divisibilità" della partecipazione di s.r.l. che "è da considerarsi sempre 'unica ed unitaria', non essendo la risultante della sommatoria delle 'unità' (quote) di capitale" - L. DI NELLA, *Natura e divisibilità delle quote di partecipazione*, in S.r.l./commentario, Milano, Giuffrè, 2011, pag.274.

<sup>36</sup> G. SANTONI, *Patti parasociali*, cit., pag.95.

<sup>37</sup> G.A. RESCIO, *I patti parasociali nel quadro dei rapporti contrattuali dei soci*, cit., pag.480 e ss.

Non è pertanto raro che il patto sia dotato di un'organizzazione, più o meno complessa, con organi propri quali: il Presidente (ovvero il Direttore del sindacato) ed un segretario e di specifiche regole di funzionamento, necessitate dall'esigenza di addvenire anzi tempo, rispetto alle delibere istituzionali, alla formazione della volontà di voto da esprimere poi in assemblea, previa eventuale attuazione pratica di quegli accorgimenti atti a garantire la conformità del voto in assemblea rispetto a quanto deciso dai paciscenti.

Con riguardo alle modalità di espressione di voto all'interno del patto, in passato si è discusso sulla legittimità dei patti nei quali le decisioni dovessero essere prese a maggioranza dei partecipanti anziché all'unanimità. Ciò sulla base del presupposto che decisioni assembleari potevano essere assunte anche solo da una minoranza dei soci, purché maggioranza all'interno del patto e, quindi, in contrasto con il principio di assunzione maggioritaria delle deliberazioni assembleari. Tuttavia, la più recente dottrina ha confermato la validità di tali patti di sindacato i quali operano su un piano esterno rispetto a quello sociale; non sarebbe infatti impedito al socio di votare in contrasto con il patto qualora l'interesse ad una certa decisione fosse prevalente sulle responsabilità conseguenti all'inadempimento del patto<sup>38</sup>.

Infrequente è il caso, peraltro non da escludere se solo si pensi all'accordo per l'aumento del capitale sociale, di un patto di sindacato che regoli l'esercizio del voto in una singola assemblea. Più comune che esso regoli lo svolgimento del voto in una pluralità di assemblee, nelle assemblee che si svolgeranno in un determinato periodo ovvero aventi un determinato oggetto. Può inoltre essere regolato l'iter con cui si giunge ad uniformità di decisione piuttosto che la predeterminazione del voto.

## 2.4 Durata

L'art. 2341 bis, 1° comma, c.c., nel fissare in cinque anni la durata massima dei patti ivi contemplati, ammette la possibilità di rinnovare il patto alla scadenza. Ciò induce, non senza contrasti dottrinali<sup>39</sup>, a ritenere lecite (in quanto non vengono espressamente escluse) anche le clausole di rinnovo automatico o tacito. Si è ritenuto, infatti, che anche tali clausole concretizzino la conferma della volontà dei paciscenti di far sopravvivere il patto<sup>40</sup>. Tale scelta deve tuttavia essere libera, in particolare, deve essere priva di vincoli la possibilità di dare disdetta da parte di ciascuno dei partecipanti, così che non sarebbero ammissibili clausole che subordinassero il mancato rinnovo, ad esempio, alla manifestazione di volontà di una determinata percentuale degli aderenti al patto<sup>41</sup> o in presenza di penali per il recesso<sup>42</sup>.

In caso di rinnovo tacito, il patto è prorogato di un uguale periodo corrispondente all'originaria durata e, se questa era stabilita a data fissa o con riferimento ad un determinato evento<sup>43</sup>, il rinnovo automatico comporta la continuazione a tempo indeterminato, con la conseguente possibilità di recesso<sup>44</sup>.

E' da considerare a tempo indeterminato anche il contratto con durata talmente lunga da superare la vita dei contraenti. Occorre altresì riportare la durata del patto alla vita della società. Il patto non può esistere senza la società a cui è collegato. Dubbio se il termine di preavviso fissato dall'art. 2341 bis, 2° comma, c.c., possa essere variato in aumento<sup>45</sup>: un limite superiore comprirebbe la tutela di *exit* riservata dalla legge.

La norma in commento non impedisce i patti a tempo indeterminato, ma ne rende affievolita l'efficacia statuendo che ciascun aderente può recedere con un preavviso di centottanta giorni. Con ciò limitando di fatto al semestre di preavviso la durata minima.

Se ne deduce un intento di tutela della stabilità nella *governance* (oltre che degli assetti proprietari) limitata nel tempo. Intento che ripropone l'esigenza

di evitare "cristallizzazioni"<sup>46</sup> indefinite delle situazioni di "controllo" esterno tali da vanificare il funzionamento degli organi societari.

## 2.5 Trasmissibilità

Gli accordi extrasociali, quali accordi aventi efficacia obbligatoria vincolante per i soli soci che li hanno sottoscritti, non si trasmettono agli aventi causa, acquirenti o eredi che siano<sup>47</sup>, quantomeno non vi è un automatismo in tal senso. Se ne deduce l'opportunità di una esplicita regolamentazione dei patti in materia di loro trasmissibilità e di una manifestazione di volontà del subentrante.

Ciò ancorché non manchino le posizioni di chi ritiene che il patto si trasferisca invece automaticamente, specie in caso di successione *mortis causa* ovvero di partecipante non persona fisica (si pensi all'ipotesi di società parasociale che si fonde per incorporazione in altra società con successione a titolo universale ai sensi dell'art. 2504 bis c.c.)<sup>48</sup>.

## 2.6 - Singole fattispecie

### 2.6.1 - I sindacati di voto relativi alla nomina e revoca delle cariche sociali;

Un primo importante raggruppamento dei sindacati di voto si ritrova nella scelta degli amministratori che i parasoci dovranno poi votare in assemblea. La finalità è quella di individuare preliminarmente i componenti dell'organo amministrativo ovvero di controllo. Il patto è spesso funzionale alla scelta della "lista" dei candidati da presentare all'assemblea, lista che può riservare o meno l'indicazione di un membro di scelta delle minoranze<sup>49</sup>.

In tema di revoca dell'amministratore, questa rappresenta un atto unilaterale, di emanazione assembleare a maggioranza, con cui i soci pongono termine al rapporto con l'amministratore<sup>50</sup>. Essa è pienamente legittimata dall'art. 2383, 3° comma, c.c. e pertanto possono essere oggetto di sindacati di voto, salvo considerare che le motivazioni che hanno portato alla decisione in senso al patto potrebbero non essere portate a conoscenza dell'assemblea che non riuscirebbe a motivare la propria delibera di revoca, con conseguente diritto al risarcimento dei danni in capo all'amministratore revocato.

Più complessa la revoca dell'amministratore delegato. L'attribuzione di deleghe rientra fra i poteri dell'organo amministrativo<sup>51</sup> e la loro regolazione (revoca compresa) dovrebbe trovare fonte non in un sindacato di voto ma in uno gestionale<sup>52</sup>.

### 2.6.2 - ... relativi al finanziamento/capitalizzazione della società;

Il patto con cui due o più soci si obbligano a finanziare la società (sia a titolo di prestito che di apporto di capitale o simili) per un determinato importo, assume i caratteri propri del contratto a favore di un terzo che, nel caso specifico, è rappresentato dalla società medesima, che può dichiarare di volerne profittare impedendo così la revoca della promessa. I soci finanziatori si espongono alle conseguenze di cui all'art. 2467 c.c. che assoggetta il rimborso alla postergazione rispetto al soddisfacimento degli altri creditori<sup>53</sup>.

### 2.6.3 ... per la distribuzione (anche non proporzionale) degli utili;

Il patto che esprima fra i soci sottoscrittori diverse redistribuzioni di utili o perdite, rispetto a quelle statutariamente previste, è ritenuto valido in considerazione delle previsioni di cui agli artt. 2348, capoverso, e 2468, 3° comma c.c.<sup>54</sup>, ancorché tali norme subordinino la validità di clausole di tale natura alla previsione statutaria o dell'atto costitutivo<sup>55</sup>.

In ogni caso la diversa ripartizione degli utili o delle perdite non deve spinger-

<sup>38</sup> Per una completa disamina dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale si rinvia a G. SEMINO, *Il problema della validità dei sindacati di voto*, cit., pag. 114 e ss.

<sup>39</sup> Contrario alla rinnovabilità tacita è P. FIORIO, *Commento all'art. 2341 bis*, in *Il nuovo diritto societario*, Zanichelli - Torino, 2004, pag.151.

<sup>40</sup> Tenuto anche conto che il patto sarebbe in ogni caso confermato da successivi comportamenti concludenti.

<sup>41</sup> A. PICCIAU, *Patti parasociali*, cit., pag.355.

<sup>42</sup> G. SEMINO, *Il problema della validità dei sindacati di voto*, cit., pag. 351, che tuttavia considera illecite le clausole di rinnovo automatico.

<sup>43</sup> Quale, ad es., la durata in carica del Consiglio di amministrazione o l'attuazione di un'operazione straordinaria (fusione, conferimento, ecc.).

<sup>44</sup> A. PICCIAU, *Patti parasociali*, cit., pag.356.

<sup>45</sup> Con un limite massimo quinquennale. Dubbia altresì l'apposizione di un termine prima del quale il recesso non possa essere esercitato.

<sup>46</sup> Termine storicamente ricorrente in dottrina e giurisprudenza, anche nei documenti più recenti.

<sup>47</sup> A. FUSI, *I patti parasociali ...*, cit., pag. 691.

<sup>48</sup> R. RORDORF, *I sindacati di voto*, cit., pag. 22.

<sup>49</sup> Sul voto di lista e sulla sua legittimità, anche in ipotesi di liste preconfezionate, condizionata alla effettiva possibilità che deve essere assicurata al socio di presentare tempestivamente proposte alternative, vedasi C. CONFORTI, *Nomina e revoca degli amministratori di società*, Giuffrè - Milano, 2007, pag. 228.

<sup>50</sup> D. SCARPA, *I patti parasociali nelle s.p.a. e nelle s.r.l.*, Giuffrè - Milano, 2011, pag.83.

<sup>51</sup> Art. 2381, comma 3°, c.c.

<sup>52</sup> Sui cui limiti v. infra.

<sup>53</sup> V. SALAFIA, *Esame di validità di alcuni patti parasociali relativi a società non quotate*, in *Le società*, n.11/2008, pag. 1338. La norma, dettata per le s.r.l., trova un'estensione applicativa nell'art. 2497 quinquies c.c. che, non operando distinzioni sulla tipologia societaria, comprende sicuramente le s.p.a. Da questo, l'immediata estensibilità dell'art. 2467 a tutte le s.p.a., in ossequio al principio costituzionale di uguaglianza.

<sup>54</sup> VINCENZO SALAFIA, *Esame di validità...*, cit., pag. 1338 che tuttavia basa il proprio assunto, relativamente alle s.p.a., sull'art. 2346, 4° comma, c.c.

<sup>55</sup> Semmai si porranno dei problemi in ordine al trattamento fiscale dei dividendi percepiti.



si fino ad annullare la relativa partecipazione per qualcuno dei paciscenti, in quanto violerebbe il divieto di "patto leonino" posto dall'art. 2265 c.c.<sup>56</sup> che, dettato per le società personali, è applicabile anche alle società di capitali<sup>57</sup>. Questo tipo di patto non dovrebbe rientrare nelle previsioni di cui all'art. 2341 bis, c.c., in quanto non presenta una finalità di stabilizzazione degli assetti proprietari e tantomeno del governo della società<sup>58</sup>.

#### 2.6.4 - ... nelle deliberazioni di approvazione dei bilanci di esercizio e nell'astensione dalla relativa impugnazione

Un accordo parasociale che predetermini il voto, sia favorevole che contrario all'approvazione del bilancio di esercizio, avrebbe causa illecita. Ciò perché, senza trascurare la competenza assembleare in materia, il voto sul bilancio d'esercizio impegna i soci alla formazione di un atto la cui efficacia sconfini nell'interesse generale. Inoltre, il bilancio è un atto complesso il cui iter di formazione, discussione ed approvazione non può esaurirsi ed essere vanificato da una scelta extrasociale. Al contrario è ritenuto ammissibile un vincolo parasociale per i soci di astenersi dall'impugnazione della delibera di approvazione del bilancio, ancorché riguardasse bilanci di esercizio redatti in violazione delle norme e dei principi che presiedono la relativa redazione<sup>59</sup>.

#### 2.6.5 - ... nell'astensione dall'esercizio dell'azione di responsabilità

Il patto con cui si concorda di votare la manleva agli amministratori ovvero di rinunciare all'azione di responsabilità è considerato illecito dalla prevalente dottrina<sup>60</sup>. Ciò sul fondamento:

- che verrebbero meno i presupposti dissuasivi di cui all'art. 2392 c.c.;
- che sono in gioco interessi di terzi.

### 3. Sindacati di blocco

#### 3.1 Definizione, natura e funzioni del patto

I sindacati di blocco possono essere intesi come quei patti volti a limitare, in vario modo, la libera circolazione delle partecipazioni sociali che ne costituiscono l'oggetto<sup>61</sup>. È, nella sostanza, la stessa descrizione che si rinviene nell'art. 2341 bis, lett. b) del c.c., laddove si contemplan i patti che pongono limiti al trasferimento delle relative azioni o delle partecipazioni in società che le controllano. Anche in questo caso il carattere settoriale della norma non consente di comprendere la più vasta realtà dei fatti che vede, oltre alle azioni o partecipazioni della controllante, un mercato degli strumenti finanziari che attribuiscono diritti di acquisto o di sottoscrizione di azioni, salvo a ricomprenderli estendendo l'applicazione della predetta lettera in quanto anche i trasferimenti di diritti di opzione, prelazione o simili incidono sull'assetto proprietario<sup>62</sup>.

Diversa, rispetto al sindacato di voto è la natura del sindacato di blocco. Il contenuto di tale contratto è un obbligo di ogni parte nei confronti di tutte le altre, trovandoci quindi in presenza di un contratto di scambio. In tal caso lo scioglimento del vincolo rispetto ad uno solo dei partecipanti al sindacato di blocco, potrebbe comportare il venir meno dell'intero negozio parasociale<sup>63</sup>.

#### 3.2 Funzionamento del sindacato (rinvio)

##### 3.2.1 In merito al funzionamento si rinvia al precedente punto 2.3.

##### 3.2.2 - Durata

Un discorso particolare deve farsi per la durata dei patti aventi ad oggetto le limitazioni nel trasferimento di azioni/partecipazioni. Mentre infatti i sindacati di voto vedono un continuo confrontarsi fra i sottoscrittori, così che

l'accordo è sottoposto a costante verifica della propria tenuta (contratto di durata), nei sindacati di blocco l'esecuzione della propria obbligazione è in linea di massima simultanea e differita. Ciò può avvenire anche a distanza di anni, magari oltre quella durata limitata nel tempo che prima la giurisprudenza e poi, sia pur in determinati casi, la legge<sup>64</sup>, hanno posto come parametro di validità dei patti. Ecco perché può essere opportuno che le clausole limitative della circolazione delle partecipazioni siano inserite negli statuti sociali<sup>65</sup>.

#### 3.3 Singole fattispecie

Il sindacato di blocco è utilizzato con riferimento alle seguenti principali fattispecie di clausole parasociali<sup>66</sup>:

##### 3.3.1 - Patti di inalienabilità

Sono i patti con cui i proprietari si obbligano a non trasferire a terzi le partecipazioni costituite in sindacato, comprendendo fra questi anche quegli accordi che limitano la costituzione di diritti reali o di garanzia (ad es. usufrutto o pegno). Ai sensi dell'art. 1379 c.c., "il divieto di alienare stabilito per contratto ha effetto solo tra le parti, e non è valido se non è contenuto entro convenienti limiti di tempo e se non risponde a un apprezzabile interesse di una delle parti". Resta da definire l'ampiezza di tale limite temporale.

Si è già detto che il limite quinquennale fissato dall'art. 2341 bis è posto con l'intento di non rendere oltremodo statico il funzionamento dell'assemblea dei soci. Analogo limite temporale di efficacia si rinviene nell'art. 2355 bis c.c. relativamente al divieto di trasferimento posto da clausola statutaria. Si potrebbe dedurre che il lustrò sia il periodo massimo di durata di tutti i patti parasociali aventi ad oggetto limiti di trasferimento. Tuttavia l'art. 2469 c.c. propone un limite biennale (dalla costituzione ovvero dall'acquisto della partecipazione) al diritto di recesso in presenza di clausola limitativa della circolazione delle partecipazioni nelle s.r.l. Potrebbe allora apparire non coordinato il limite quinquennale di cui all'art. 2341 bis c.c. che però è applicabile a s.r.l. che controllano s.p.a. e quindi ad ipotesi in cui si limita la circolazione, sia pure mediata, di società azionarie. L'anomalia è semmai da ricercare nel ristretto limite temporale biennale di cui all'art. 2469 previsto per le s.r.l., in cui il dogma della centralità del socio dovrebbe a nostro avviso comportare un maggior favore della stabilità del rapporto sociale.

##### 3.3.2 - Patti di prelazione

In presenza di patti di prelazione le partecipazioni, in caso di alienazione, devono essere offerte preventivamente in prelazione ai partecipanti al patto, soci o non soci. Esso può essere inserito tanto nello statuto che nei patti parasociali ed adempie ad una duplice funzione:

- tutela dell'interesse collettivo della società a non subire alterazioni negli equilibri esistenti con ingresso di nuovi soci ovvero con la rimodulazione delle percentuali di partecipazione già esistenti;
- salvaguardia dell'interesse del socio ad acquistare (proporzionalmente) la quota del cedente per mantenere intatti i propri diritti nei confronti degli altri soci non alienanti.

In sostanza il socio ha un diritto, di natura potestativa, ad acquistare in via preferenziale (ovvero pariteticamente con gli altri soci) rispetto a terzi, alle medesime condizioni<sup>67</sup>, che rimane latente fino al momento in cui si innesca il procedimento codificato statutariamente ovvero nei patti parasociali<sup>68</sup>.

A proposito di quest'ultima annotazione, non si può non rilevare la differenza fra la previsione statutaria, al cui iter sono obbligati tutti gli organi societari e, in particolar modo, gli amministratori il cui intervento è previsto per il

<sup>56</sup> E. MACRÌ, *Patti parasociali e attività sociale*, Giappichelli - Torino, 2007, pag. 59.

<sup>57</sup> A.M. PERRINO, *Patti parasociali di finanziamento e divieto di patto leonino*, in *Le società*, 11/2012, pag.1166.

<sup>58</sup> In tal senso P. FIORIO, *Commento all'art. 2341 bis*, cit., pag.144.

<sup>59</sup> VINCENZO SALAFIA, *Esame di validità...*, cit., pag. 1335, il quale sottolinea come i soci, a differenza dei sindaci, non siano tenuti ad agire in giudizio per far dichiarare la nullità delle deliberazioni assembleari. Ci sentiamo, tuttavia, di sollevare qualche dubbio in ordine a bilanci che, ad esempio, nascondano perdite tali da rendere applicabili gli artt. 2446 e 2447 c.c.

<sup>60</sup> G. SEMINO, *Il problema della validità dei sindacati di voto*, cit., pag. 151; sia pure incidentalmente, sottolinea l'illiceità dell'oggetto del patto, Cassazione civile, Sez. I, 24 maggio 2012, n.8221, in *Le Società*, n.3/2013, pag. 247.

<sup>61</sup> R.TORINO, *I contratti parasociali*, cit., pag. 387

<sup>62</sup> Tesi preferita da A. PICCIAU, *Patti parasociali*, cit., pag.335.

<sup>63</sup> R.TORINO, *I contratti parasociali*, cit., pag. 389.

<sup>64</sup> La limitazione quinquennale del patto di blocco trova un'identica limitazione temporale nel divieto di trasferimento delle azioni contenuto nell'art. 2355 bis, 1° comma, del codice civile, come sottolineato da G.A. RESCIO, *I patti parasociali nel quadro dei rapporti contrattuali dei soci*, cit., pag.454. Tale limitazione non è dato di riscontrare, per le s.r.l., nell'art. 2469, 2° comma, c.c., laddove viene tuttavia previsto che qualora l'atto costitutivo non preveda condizioni e limite all'intrasferibilità, al socio spetti il diritto di recesso. Se ne potrebbe trarre la conclusione che anche per le s.r.l., che non controllino una s.p.a. (le s.r.l. che controllano s.p.a. sono già contemplate dall'art. 2341 bis c.c. e soggiacciono pertanto al limite quinquennale di durata), una limitazione di durata dovrebbe essere presente (non necessariamente quinquennale, anche se in questo caso la valutazione sulla congruità della durata è assai difficile) e che in ogni caso di patti parasociali stipulati a tempo indeterminato, spetti il diritto di recesso dal patto.

<sup>65</sup> Questa scelta può scontrarsi con l'obbligo di unanimità richiesto per l'inserimento di questo tipo di clausole (vedasi P. Divizia, *Le clausole di drag e tag along*, Ipsos, Milano - 2013, pag 150.)

<sup>66</sup> R.TORINO, *I contratti parasociali*, cit., pag. 387.

<sup>67</sup> Ancorché non manchino clausole di arbitraggio del prezzo, specie se ritenuto eccessivo dai prelazionari.

<sup>68</sup> N.A. TOSCANO, *In tema di prelazione, libro soci facoltativo e patto di sindacato*, cit., pag.427.

formale rispetto della clausola, e quella parasociale al cui adempimento sono obbligati solo i sottoscrittori. In tale ultimo caso potrebbe essere individuato un organismo “super partes” che garantisca il corretto svolgimento dell’*iter* previsto dalla clausola di prelazione<sup>69</sup>. In ogni caso ai soggetti (notaio, intermediario, pubblico ufficiale) che intervengono nell’atto di trasferimento (con particolare riferimento all’art. 2470, 2° comma, dettato per le s.r.l.) è affidato un compito di controllo preventivo di conformità all’atto costitutivo e non ai patti parasociali. Inoltre gli amministratori, chiamati agli adempimenti conseguenti al trasferimento di azioni o, ancor più, di quote, non sono tenuti al controllo del rispetto del trasferimento rispetto a clausole extra-societarie<sup>70</sup>. Ad ogni modo la clausola in commento, in entrambi i casi di inserimento nello statuto ovvero nelle pattuizioni parasociali, deve contenere in modo esaustivo gli elementi che devono essere portati a conoscenza di colui che potrà esercitare la prelazione (prezzo - o relativa determinabilità anche affidata a terzi<sup>71</sup> - condizioni e termini di pagamento) e, soprattutto, prevedere la relativa procedura<sup>72</sup>.

### 3.3.3 - Patti di gradimento

I patti di gradimento statuiscono che l’alienazione di partecipazioni soggiace all’autorizzazione dei soggetti ai quali i patti attribuiscono il potere di esprimere il gradimento. La riforma ha espressamente regolato la clausola di gradimento, consentendo l’introduzione anche del c.d. mero gradimento la cui validità, tuttavia, è legata al diritto, che deve essere statutariamente sancito, del socio alienante di fare acquistare le azioni agli altri soci o di recedere dalla società in caso di rifiuto. In passato il percorso giurisprudenziale e quindi legislativo era giunto a subordinare la validità della clausola statutaria di gradimento alla motivazione del rifiuto del gradimento stesso. Allo stato attuale, la clausola inserita nei patti parasociali deve mantenere la stessa struttura prevista per l’ipotesi di inserimento nello statuto così che sarebbe invalida una clausola di mero gradimento priva di qualsivoglia tutela nei confronti socio alienante<sup>73</sup>. Questo non vale per le s.r.l. nelle quali è possibile che lo statuto vieti il trasferimento delle quote e quindi, di riflesso, anche i parasoci possono sottoporsi al rifiuto immotivato del trasferimento che altro non è che una forma attenuata di intrasferibilità.

### 3.3.4 - Patti che pongono altre condizioni nel trasferimento delle partecipazioni

Sono tutte quelle “clausole” (*put-call*, *co-vendita - tag e drag along* variamente denominate - ecc.) che pongono altri vincoli nel trasferimento delle partecipazioni e che non possono, se non in senso lato, essere ricomprese nelle predette definizioni. Stante l’ampiezza e la varietà della relativa trattazione si limita la trattazione al patto di retrocessione a prezzo definito (clausola di *put*).

L’opzione di *put*, laddove si inserisse in un quadro più complesso, qual è quello che consente al socio di estraniarsi temporaneamente dalla società per poi rientrare a prezzo predeterminato ritenendosi in tal modo manlevato da eventuali perdite nel frattempo subite dalla società, potrebbe contrastare con il divieto di patto leonino posto dall’art. 2265 c.c.<sup>74</sup>.

Da notare che la temporaneità di un patto indurrebbe ad escluderlo dalla previsione di cui all’art. 2341 bis, comma 1, lett. b), c.c. che riguarda sì i patti che pongono limitazioni al trasferimento delle azioni, ma che devono avere il

fine di stabilizzare gli assetti proprietari.

### 3.3.5 - Patto di astensione dal recesso

Ogni patto con il quale i soci si impegnano a non esercitare il diritto di recesso dalla società in presenza di cause legali che lo consentono, è nullo ai sensi dell’ultimo comma dell’art. 2437. Tale norma non estende la nullità alle ipotesi di recesso previste dallo statuto, così come l’art. 2473, che disciplina il diritto di recesso per le s.r.l., non statuisce in nessun caso la nullità di tale tipo di clausole. E’ da ritenersi comunque che un tale patto non possa determinare la permanenza a tempo illimitato nella società<sup>75</sup>.

## 4. Sindacati di gestione<sup>76</sup>

### 4.1 Definizione, natura e funzioni del patto

I patti di gestione comprendono quegli accordi volti a esercitare un’influenza sulle decisioni che gli amministratori dovranno assumere nell’esercizio delle loro funzioni, e ciò a prescindere dalla loro validità<sup>77</sup>.

Diversa la terminologia adottata dalla norma di cui all’art. 2341 bis, 1° comma, lett. c) c.c. che, tenuto conto delle finalità di tutela dei terzi, individua più genericamente la fattispecie di esercizio anche congiunto di un’influenza dominante sulle società per azioni o sulle società che le controllano. Con intento abbastanza chiaro di far rientrare fra i patti regolamentati anche ipotesi che potrebbero non costituire sindacati di voto ovvero limitanti il trasferimento, quali, ad esempio i sindacati di consultazione ovvero gli accordi volti a regolare l’influenza dominante su una società (ipotesi frequente, tra l’altro, nei gruppi societari). Sul punto non vi è univocità di vedute, se consideriamo che, ad es., la Cassazione esclude dalla norma i sindacati di gestione propriamente intesi, dove cioè “si evidenzia un diretto controllo esterno sulla gestione”<sup>78</sup>. La posizione vorrebbe riservare l’influenza dominante a quelle ipotesi, previste dall’art. 2359 c.c., a suo dire, di intervento sulla sola “assemblea sociale”, trascurando così che l’ipotesi di influenza dominante di cui al n.3 del richiamato art. 2359, ben si adatta anche all’organo di gestione, il quale potrebbe essere chiamato, in forza di “particolari vincoli contrattuali”, ad un determinato comportamento. La norma, dotata di un “elevato grado di elasticità”<sup>79</sup> si presta come tale a ricomprendere patti di natura diversa, spesso, ma non necessariamente<sup>80</sup>, ibrida.

### 4.2 La validità del sindacato di gestione nelle s.p.a. e nelle s.r.l.; possibilità di revoca degli amministratori che aderiscono al patto.

Con i sindacati di gestione i soci, nell’esercizio della propria influenza dominante, possono dare agli amministratori indicazioni e suggerimenti. Potrebbero tuttavia spingersi a vere e proprie direttive ed istruzioni di gestione “particolarmente convincenti”<sup>81</sup>, indotti in ciò dal proprio interesse a precludersi contro l’eventualità di riduzioni patrimoniali del compendio aziendale rappresentato dalle proprie partecipazioni, che rischia di restare interamente nella disponibilità degli amministratori.

Non è pensabile imbrigliare la libertà di azione degli amministratori con clausole limitative che, oltre che di difficile applicazione, spesso per la loro genericità<sup>82</sup>, sono di dubbia legittimità, considerato che la gestione sociale è riservata all’organo amministrativo<sup>83</sup>. Questa affermazione è tanto più valida

<sup>69</sup> Tale potrebbe essere ad. es. un professionista, l’organo amministrativo della capogruppo laddove questa sia fra i paciscenti, ecc. La cautela di un organismo indipendente è tanto più opportuna laddove siano previsti meccanismi di determinazione del prezzo in misura differente rispetto a quello fissato con il potenziale acquirente.

<sup>70</sup> N.A.TOSCANO, *In tema di prelazione, libro soci facoltativo e patto di sindacato*, cit., pag.429; A. PAVONE LA ROSA, *La “trasparenza” dei patti parasociali nelle società per azioni “aperte”*, in *Giurisprudenza Commerciale*, n.34.5/2007, pag. 549/I.

<sup>71</sup> Ai sensi dell’art. 1473 c.c.

<sup>72</sup> V. SALAFIA, *Esame di validità ...*, cit., pag. 1337.

<sup>73</sup> V. SALAFIA, *Esame di validità ...*, cit., pag. 1337.

<sup>74</sup> Emblematiche e rappresentative della non pacifica configurabilità dell’elusione del patto leonino sono due sentenze coeve, ma di segno opposto, del Tribunale di Milano (13 settembre 2011 e 30 dicembre 2011, entrambe in *Le società*, n.11/2012, pagg.1158 e ss.).

<sup>75</sup> V. SALAFIA, *Esame di validità ...*, cit., pag. 1339.

<sup>76</sup> Tale tipologia di sindacati è stata lasciata per ultima, oltre che per seguire l’elencazione normativa dell’art. 2341 bis c.c., anche per la delicatezza del tema.

<sup>77</sup> Esclude espressamente dal novero dell’art. 2341 bis, c.c., il patto che vincoli i comportamenti degli amministratori, obbligandoli ad eseguire le direttive loro impartite dai soci di maggioranza in quanto nullo per il suo contrasto con i principi sulla esclusiva responsabilità degli amministratori per la gestione della società F. GALGANO – R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario* in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’Economia, CEDAM, Padova, 2006, Tomo I, pag. 133.

<sup>78</sup> Cassazione civile, Sez. I, 24 maggio 2012, n. 8221, cit., pag. 247.

<sup>79</sup> P. FIORIO, *Commento all’art. 2341 bis*, cit., pag.147.

<sup>80</sup> Si pensi alle clausole di co-vendita, finalizzate ad acquisire ovvero preservare il controllo societario, ovvero i sindacati di voto fra soci di minoranza che siano finalizzati a garantire il raggiungimento di quei *quorum* qualificati, spesso previsti negli statuti per determinate decisioni societarie (non è raro il caso di patti sociali che prevedano maggioranze qualificate in ipotesi di particolari decisioni, ovvero che rimettano all’autorizzazione – nelle spa – o alla decisione nelle srl – dell’assemblea determinate operazioni: non si tratta forse di meccanismi volti in qualche modo a configurare quell’influenza dominante di cui si sta discutendo?).

<sup>81</sup> R.TORINO, *Tutela in via d’urgenza di pattuizioni parasociali e gestione dell’impresa sociale*, in *Le Società*, n.7/2011, pag. 831.

<sup>82</sup> E’ nota la difficoltà di delineare, ad esempio, il confine fra ordinaria e straordinaria amministrazione, anzi, se si considera che “atti di ordinaria amministrazione sono ... tutti quegli atti che, secondo i criteri di una normale gestione di un’azienda del tipo di quella sociale, sono necessari al conseguimento dell’oggetto e dello scopo sociale” (G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1980, pag.389), si intuisce che ben poco rimane alla sfera straordinaria.

<sup>83</sup> I “sindacati di gestione”, definiti come gli accordi con i quali i soci “si impegnano a fare in modo che gli amministratori nominati grazie ai loro voti si conformino alle decisioni riguardanti degli aspetti della gestione societaria”, sono stati ritenuti legittimi dal Trib. Milano, 2 luglio 2001, in *Giur.It.*, 2002, pag.562. Per la controversa ammissibilità dei sindacati di gestione, almeno per alcuni aspetti coinvolgenti gli amministratori, fra cui la limitazione della loro responsabilità nei confronti dei soci sindacati, si rinvia a ALBERTO MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve...*, cit., pag.230.

nelle s.p.a. laddove “la gestione dell’impresa spetta in via esclusiva agli amministratori”<sup>84</sup>, fatta salva la possibilità che lo statuto demandi all’assemblea determinati atti per l’autorizzazione<sup>85</sup>. È facile intuire che una pattuizione tesa a limitare o anche solo indirizzare in modo cogente, da parte di un terzo – socio o non socio – le scelte gestionali mediante “ordini, approvazioni o autorizzazioni” non si sottrarrebbe alla declaratoria di nullità per illiceità della causa a mente dell’art. 1418 c.c.<sup>86</sup>, o anche ex art.1344 c.c., ovvero più propriamente perché “aventi oggetto direttamente contrastante con, o in frode a, norme imperative del diritto societario”<sup>87</sup>.

Discorso entro certi limiti diverso può essere fatto per le s.r.l., ancorché controllanti s.p.a., per le quali il legislatore consente il coinvolgimento dei soci non amministratori, cui è possibile attribuire particolari diritti riguardanti l’amministrazione della società<sup>88</sup>. Lecito appare, quindi, il patto fra soci che richieda, per determinate materie o operazioni, il preventivo assenso anche solo di alcuni dei soci; ciò dovrebbe valere anche nel caso in cui a qualcuno dei soci aderenti al patto non siano stati attribuiti particolari diritti sull’amministrazione da parte dell’atto costitutivo. In ogni caso a questi ultimi è parimenti applicabile la responsabilità solidale di cui all’art. 2476, penultimo comma, c.c.<sup>89</sup>.

In sintesi generale, prima della riforma un patto era nullo nella misura in cui comprometteva un interesse primario della società, garantito da norme imperative. In tal senso è stato ritenuto invalido un patto che affidasse ad un organo esterno alla società, quale il sindacato dei soci vincolati al patto, il potere di prendere decisioni che spettano agli amministratori<sup>90</sup>.

Desta interesse, a questo proposito, una recente sentenza della Cassazione, che risponde positivamente al quesito se sia revocabile per giusta causa (per lesione del rapporto fiduciario con la società stante una situazione immanente di conflitto) l’amministratore di s.p.a. che abbia sottoscritto “un patto parasociale diretto a condizionare ogni deliberazione e scelta di gestione della società”<sup>91</sup>. La stessa sentenza ammette una diversa considerazione per il caso di s.r.l.

## 5. Aspetti comuni

### 5.1 - Coercibilità dei patti: sentenze di esecuzione specifica.

La legittimità del ricorso ai provvedimenti d’urgenza ai sensi dell’art. 700 c.p.c. per ottenere, in adempimento di un patto parasociale, l’ordine del giudice diretto ai soci di votare in assemblea secondo gli obblighi assunti con il patto, contrasta con il diritto dei soci di determinarsi liberamente in assemblea. Si ritengono pertanto isolate<sup>92</sup> quelle decisioni di merito che sono giunte a diversa conclusione.

### 5.2 Patti parasociali ad “efficacia reale”

#### 5.2.1 – Delega assembleare e girata per procura

La sostanziale impraticabilità di esecuzione in forma specifica dei patti, ha indotto a ricercare dei “surrogati” che in qualche modo rendessero automatica la trasposizione in assemblea delle decisioni prese dal patto. Una delle vie

seguite è il mandato collettivo irrevocabile<sup>93</sup> ad uno dei parasoci a votare in assemblea in conformità a quanto stabilito dal patto. Nelle società per azioni “chiuse” e nelle s.r.l. non vi è più il vincolo che la delega possa essere attribuita per un’unica assemblea, cosicché il predetto mandato è da ritenersi uno strumento valido allo scopo<sup>94</sup>. Non altrettanto può dirsi per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio per le quali, ai sensi dell’art. 2372, 2° comma, del c.c., la “rappresentanza può essere conferita solo per singole assemblee”<sup>95</sup> e, a mente del 3° comma dello stesso articolo, è sempre revocabile, nonostante ogni patto contrario. Ad ogni modo il meccanismo di delega, singola o permanente, deve fare i conti con le formalità richieste, in particolare dallo statuto, per la partecipazione all’assemblea<sup>96</sup>.

Per superare tali inconvenienti legati alla delega per più assemblee nonché al deposito dei titoli, si è fatto largo uso alla girata per procura, con obbligo di deposito delle azioni presso il giratario per procura<sup>97</sup>.

Tuttavia le soluzioni appena rappresentate, come in genere tutti i c.d. sindacati ad “efficacia reale”, proprio perché spoglierebbero il socio del diritto di voto, mettendolo in alcuni casi all’oscuro addirittura degli argomenti trattati in assemblea, hanno spinto la giurisprudenza a dichiararne l’illiceità<sup>98</sup>.

#### 5.2.2 - Comproprietà della quota

Diverse sono anche le strutture alternative che la prassi propone per trasformare l’efficacia obbligatoria in efficacia reale. La comproprietà delle quote può rivelarsi adatta allo scopo, in quanto comporta la nomina di un rappresentante comune ai sensi dell’art. 2347 c.c. (art. 2468 per le s.r.l.) con funzionamento analogo a quello di un patto di sindacato ma con inconvenienti, ad es. in caso di recesso ovvero di aumento del capitale, che impongono scelte non di immediata o semplice attuazione (scioglimento della comunione e sottoscrizione dell’aumento per non vedere diluita la propria influenza all’interno della comunione – inconveniente che peraltro si presenta anche nel patto).

#### 5.2.3 - Intestazione fiduciaria

Si rischia la nullità del patto in quanto il voto è elemento inscindibile rispetto alla qualità di socio. L’intestazione per il mero esercizio del diritto di voto comporterebbe ancora una volta uno svuotamento della funzione assembleare<sup>99</sup>.

#### 5.2.4 - Trasferimento quote o azioni ad una Holding

L’oggetto della Holding dovrebbe essere ben più ampio rispetto ad una semplice funzione di partecipazione alle assemblee per esprimere il voto in modo predeterminato. Si potrebbe dubitare della finalità commerciale di una società così configurata. Meritevole di approfondimento sarebbe invece l’intestazione delle partecipazioni ad una società semplice la cui tipicità si presta alla mera gestione di partecipazioni.

#### 5.2.5 - Voting trust

Con il termine *voting trust* si intendono quegli accordi con i quali i soci, che

<sup>84</sup> Art. 2380 bis, 1° comma, c.c., come evidenziato anche da A.M. PERRINO, *Patto parasociale di gestione e giusta causa di revoca*, in *Le società*, n.3/2013, pag. 245.

<sup>85</sup> Art. 2364, n.5, c.c. – Si ritiene che la disposizione non rappresenti un’attribuzione di poteri gestori all’assemblea, quanto piuttosto un “limite esterno” alla competenza dell’organo amministrativo (I. MAFFEZZONI, *Assemblea*, in *Commentario alla riforma societaria* diretto da P. Marchetti, Milano, 2008, pag.19); l’intervento autorizzativo assembleare è visto invece come un “concorso necessario” ad integrare i poteri dell’organo amministrativo ed una riserva alla collettività dei soci di una “frazione” del potere originario degli amministratori da F. GUERRERA, *La responsabilità deliberativa nelle società di capitali*, Torino, 2004, p.74 e ss. Inoltre, la responsabilità per gli atti compiuti, che la citata norma tiene ferma in capo agli amministratori, se da un lato non coinvolge l’assemblea (“che è per definizione irresponsabile”: cfr. § 5 Relazione ministeriale di accompagnamento al D.Lgs. 17 gennaio 2003, n.6), può tuttavia estendersi, in casi eccezionali, ai singoli soci ovvero al “gruppo di comando della società che si è espresso nell’assemblea autorizzativa” (I. MAFFEZZONI, *Assemblea*, cit., pag.24; F. GUERRERA, *La responsabilità deliberativa*, cit., p.63 e ss); situazione diversa nelle s.r.l., ove anche il socio può rispondere personalmente (v.sotto).

<sup>86</sup> VINCENZO SALAFIA, *Esame di validità ...*, cit., pag. 1333.

<sup>87</sup> M. LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate* in *Il Nuovo diritto delle società* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. 4, UTET - Torino, 2007, pag.479.

<sup>88</sup> Art. 2468, comma 3, c.c. Si evidenzia che, in presenza di s.r.l., i soci che hanno anche solo autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, sono solidalmente responsabili con gli amministratori (art. 2476, comma 7°, c.c.) a differenza di quanto accade nelle s.p.a. laddove, ai sensi dell’art. 2364, n. 5, c.c., la responsabilità resta ferma in capo ai soli amministratori (salve le considerazioni espone in nota 85). D. PISELLI, *La validità e l’efficacia...*, cit., pag. 201, conferma che una linea di minor rigore sembra applicabile ai patti qualora introdotti in s.r.l.

<sup>89</sup> VINCENZO SALAFIA, *Esame di validità ...*, cit., pag.1335.

<sup>90</sup> App. Roma, 14 gennaio 1991, in *Le Società*, n.5/1991, pag. 625.

<sup>91</sup> Cassazione civile, Sez. I, 24 maggio 2012, n.8221, cit., pag. 245 - La sentenza qualifica come sindacato di gestione l’accordo esaminato perché prevedeva “non solo un sindacato di voto nelle delibere assembleari, ma anche in ogni delibera del consiglio di amministrazione”; inoltre, gli aderenti al sindacato (soci) assumevano gli obblighi anche nella loro veste di amministratori. Ciò indurrebbe a riflettere sul fatto che le parti del patto parasociale potrebbero anche essere tutti non soci, purché coinvolgano almeno un componente degli organi societari (amministratori, obbligazionisti, ecc.)

<sup>92</sup> Tribunale di Milano, 20 gennaio 2009 e Tribunale di Genova, 8 luglio 2004. Si sottolinea altresì la difficoltà che un provvedimento d’urgenza intervenga tempestivamente fra la decisione nel patto e l’assemblea.

<sup>93</sup> Ai sensi dell’art. 1726 c.c.

<sup>94</sup> Lo scenario si presenta mutato rispetto a quanto evidenziato da G. SEMINO, *Il problema della validità dei sindacati di voto*, cit., pag. 170 e ss.; per il commento alla situazione post-riforma vedasi P. FIORIO, *Commento all’art. 2341 bis*, cit., pag.137.

<sup>95</sup> Sono tuttavia ammesse procure generali o procure conferite da società.

<sup>96</sup> Ci si riferisce segnatamente al caso di previsione statutaria che disponga l’obbligo di deposito delle azioni presso la sede sociale per poter partecipare al voto ai sensi dell’art. 2370, 2° comma, c.c.. In tal caso il singolo socio potrebbe violare il patto non depositando le azioni nei termini previsti.

<sup>97</sup> Infatti il 7° comma dell’art. 2372 c.c. richiama i precedenti commi 5° e 6°, ma non il 2° sulla limitazione della rappresentanza alla singola assemblea.

<sup>98</sup> G. SEMINO, *Il problema della validità dei sindacati di voto*, cit., pag. 173 che rileva la posizione fortemente critica della dottrina.

<sup>99</sup> Appello Roma, 14 gennaio 1991.



assumono la figura di disponenti, con lo scopo di disciplinare l'esercizio del diritto di voto costituiscono un *trust* al quale conferire le proprie partecipazioni societarie. L'atto istitutivo contiene le norme alle quali il *trustee* deve conformarsi nello svolgimento del proprio incarico. Può altresì prevedersi che egli debba preliminarmente chiedere il consenso di altri soggetti, come ad esempio il guardiano che può essere lo stesso disponente il quale potrebbe avere altresì il potere di sostituzione del *trustee*<sup>100</sup>.

Si tratta di un vero e proprio spossessamento delle quote partecipative in seguito ad accordi<sup>101</sup> aventi ad oggetto l'esercizio del diritto di voto e, come tali, soggetti alla disciplina codicistica in materia di durata e pubblicità.

Non si può inoltre negare il completo trasferimento del diritto di voto ad un soggetto (il *trustee*) che, anche alla presenza di un guardiano, potrebbe non interpretare la volontà di voto dei soci<sup>102</sup>.

### 5.3 - Le penali a garanzia della corretta esecuzione del patto

Le penali che predeterminano l'ammontare del risarcimento del danno conseguente ad inadempimento, poste a garanzia dell'esatta esecuzione degli accordi devono confrontarsi con la difficoltà di valutazione del danno; in particolare, di difficile delimitazione è la valutazione del danno (ammesso che ci sia) derivante da scelte di gestione (spesso indirette e fra loro alternative, come nel sindacato di voto). Più agevole la valutazione del danno nei sindacati di blocco, in quanto direttamente correlati con il valore delle quote.

In merito alla previsione di una penale<sup>103</sup> comportante il pagamento di una somma di danaro, questa deve essere in qualche modo graduata, rapportata all'inadempimento<sup>104</sup>. Ovvio, come sopra sottolineato, la difficoltà a fissare a priori la congruità della penale in rapporto soprattutto ai sindacati di voto. Inoltre la penale potrebbe rappresentare il viatico alla fuoriuscita dal patto. Andrebbe pertanto circoscritta a singole votazioni o circostanze.

### 5.4 - Patto commissorio

Secondo l'art. 2744 c.c., che ne sancisce la nullità, il patto commissorio ricorre allorché "si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore". Il divieto del patto commissorio si estende a qualsiasi negozio, ancorché astrattamente di per sé lecito, "tutte le volte che l'operazione negoziale, eventualmente articolata in più negozi tra loro collegati da un unico rapporto di interdipendenza funzionale – sia volta alla realizzazione di uno scopo pratico diverso da quello tipico e, tuttavia, coincidente con la creazione di una garanzia reale atipica a carattere commissorio"<sup>105</sup>.

### 5.5 - La possibilità di patti parasociali nelle s.r.l.

I commentatori vedono nell'inciso "nelle società che ... controllano" le società per azioni contenuto in entrambe le lettere a) e b) dell'art. 2341 bis del c.c.<sup>106</sup>, la chiara indicazione che anche i soci delle società a responsabilità limitata possono stipulare dei patti parasociali<sup>107</sup>; tale eventualità, del resto,

è espressamente contemplata dalla Relazione alla normativa testé citata<sup>108</sup>. Si può fondatamente sostenere, tuttavia, che gli artt. 2341 bis e 2341 ter del c.c. non siano applicabili per analogia alle s.r.l. che non controllino una società per azioni<sup>109</sup>.

I particolari diritti e doveri (nell'amministrazione, nella ripartizione degli utili, ma anche in altre situazioni) attribuibili alle quote di s.r.l. ai sensi dell'art. 2468 del c.c., rappresentano una novità della riforma societaria e sono visti come l'intento del legislatore di riportare nell'alveo societario ciò che tradizionalmente è demandato all'operatività dei patti parasociali<sup>110</sup>, facendo assumere rilievo in qualche modo reale a situazioni anche prima diffuse, ma mantenute sul piano degli accordi interni fra le parti. Ciò non porterà del resto all'estinzione dei patti parasociali nei tipi societari diversi da quelli espressamente contemplati dalle norme codicistiche; semmai ad una loro riduzione a casi più limitati specie laddove si tratti di stringere accordi fra gruppi di soci che, non rappresentando la totalità del capitale sociale, non hanno la maggioranza per inserire una clausola statutaria ovvero si vedono contrapposti ad una o più compagini societarie<sup>111</sup>; i patti parasociali, inoltre, consentono di mantenere gli accordi nell'ambito di una riservatezza che la pubblicità dell'atto costitutivo non riesce a garantire e sono il solo strumento, dotato di una certa flessibilità, cui si possa ricorrere per coinvolgere soggetti estranei alla compagine societaria<sup>112</sup>. Nelle s.r.l., in particolare quali risultanti dopo la riforma, il ricorso ai patti parasociali ha perso almeno in parte di significato, stante l'ampia discrezionalità con cui possono essere formulate le norme di funzionamento di tale tipo societario e la ristretta compagine sociale<sup>113</sup> (talvolta di carattere familiare). Stante l'inapplicabilità analogica alle s.r.l. non controllanti di s.p.a. della normativa di cui agli artt. 2341 bis e ter c.c., sono da ritenersi applicabili le norme generali sull'autonomia contrattuale, ivi compreso l'art. 1379 c.c. che statuisce di mantenere entro convenienti limiti di tempo il divieto di alienare. Nulla vieta che le norme dettate per le s.p.a. siano recepite nell'atto costitutivo di una s.r.l.<sup>114</sup>. Infine, pur con le riserve sopra sottolineate, è da considerare che proprio la s.r.l., per la sua versatilità, può costituire uno strumento alternativo ai patti parasociali.

### 5.6 - Pubblicità dei patti.

I patti parasociali, in quanto esterni alla disciplina propria degli accordi sociali, sono altresì estranei alle forme pubblicitarie cui questi ultimi soggiacciono ai sensi degli artt. 2330 e ss., 2436 e 2480 c.c. Questo è il motivo per cui è stato introdotto l'art. 2341 ter del c.c.

L'art. 2341 ter del c.c. prevede che "nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio<sup>115</sup> i patti parasociali devono essere comunicati alla società e dichiarati in apertura di ogni assemblea". Prosegue fissando l'onere di verbalizzazione della dichiarazione e di deposito del verbale presso il registro delle imprese<sup>116</sup>.

C'è chi vede nel richiamo ai "patti parasociali", inserito senza alcun riferimento specifico, un obbligo generalizzato di pubblicità. Pur tuttavia, se si

<sup>100</sup> A. FUSI, *I patti parasociali ...*, cit., pag. 693.

<sup>101</sup> L'ampia dizione della norma "in qualunque forma stipulati", sembra non consentire la disapplicazione ai *voting trust* degli artt. 2341 bis e 2341 ter c.c. - *contra* A. FUSI, *I patti parasociali ...*, cit., pag. 694 che basa la propria conclusione sull'unilateralità sia dell'atto istitutivo che dell'atto di conferimento del *trust*. Se, tuttavia, l'intento di ogni socio conferente è quello di regolare il proprio voto uniformemente a tutti gli altri soci che hanno a loro volta conferito le proprie partecipazioni, non si può negare che alla base dell'atto istitutivo del *voting trust* vi sia un accordo fra soci.

<sup>102</sup> Peraltro non si ha, in questo caso, una formazione della volontà dei soci partecipanti al *trust*, nemmeno extra-assembleare, con i singoli soci che non hanno possibilità di votare in assemblea in modo difforme rispetto al *trustee*. Questo porta a forti indizi di illegittimità di tale forma di *trust* come avviene nel caso di intestazione fiduciaria.

<sup>103</sup> Che potrà essere pecuniaria ma consistere anche, ad esempio, nell'obbligo di vendita in tutto o in parte della quote/azioni sindacate - sul punto R.TORINO, *I contratti parasociali*, cit., pag. 321 e ss.

<sup>104</sup> L'eccessiva onerosità della penale, può comportare l'applicazione dell'art. 1384 cod.civ. e quindi la sua riduzione ad equità da parte del giudice.

<sup>105</sup> C. DI BITONTO, *Patti parasociali e patto commissorio: attenti a quei due?*, in *Le società*, n.8/9/2012, pag. 907. Il Tribunale di Milano, con sentenza del 19 settembre 2011, in *Le Società*, n. 1/2012, pag. 9, ha incidentalmente qualificato come patto commissorio quello avente ad oggetto la garanzia, non della restituzione del credito, ma della consegna e collaudo di un determinato bene.

<sup>106</sup> E altresì nell'art.122 T.U.F. come richiamato anche da F. TASSINARI, *I Patti parasociali e le obbligazioni del socio a titolo diverso dal conferimento*, Ipsoa, Milano, pag. 481.

<sup>107</sup> V. SALAFIA, *I patti parasociali nelle società non quotate* in *Le Società*, n.8/2005, pag. 947.

<sup>108</sup> Dove si legge che la "disciplina, inserita nel capo relativo alle società per azioni, ha inteso regolare la fattispecie con riferimento a quel tipo sociale, perché in esso è più sentita l'esigenza di garantire regole certe e definite in considerazione della maggiore rilevanza per il pubblico e per il mercato finanziario; essa, ovviamente, non intende escludere la possibilità che analoghi patti riguardino altre forme di società, per le quali ovviamente resterà applicabile la disciplina generale dell'autonomia privata e dei contratti, così per esempio per le società a responsabilità limitata, come anche per le società di persone".

<sup>109</sup> Così A. PICCIAU, *Patti parasociali*, cit., pag.330.

<sup>110</sup> M. AVAGLIANO, *Società a responsabilità limitata*, in *Commentario alla riforma societaria* diretto da P. Marchetti, Milano, 2008, pag.85.

<sup>111</sup> Si pensi altresì al caso in cui l'atto costitutivo di s.r.l. preveda *quorum* deliberativi rafforzati per determinate decisioni. Il socio di maggioranza, pur potendo deliberare nella gran parte delle materie, potrebbe aver bisogno di "allearsi" in un sindacato di voto per potersi affrancare dalle minoranze le quali, peraltro, potrebbero coalizzarsi per impedire al socio di maggioranza il compimento di determinate operazioni.

<sup>112</sup> F. TASSINARI, *I Patti parasociali e le obbligazioni del socio a titolo diverso dal conferimento*, cit., pag. 483.

<sup>113</sup> A. FUSI, *I patti parasociali ...*, cit., pag. 691 F. TASSINARI, *I Patti parasociali e le obbligazioni del socio a titolo diverso dal conferimento*, cit., pag. 482; si pensi, ad esempio, alla possibilità di nomina di amministratori da parte di singoli soci piuttosto che dall'assemblea, al potere di veto su determinati atti di gestione, ecc.

<sup>114</sup> A. FUSI, *I patti parasociali ...*, cit., pag. 691.

<sup>115</sup> La disciplina è inapplicabile alle società quotate ai sensi dell'art. 122, comma 5 bis, del T.U.F.

<sup>116</sup> Dei quattro adempimenti previsti, è da ritenere che il primo (la comunicazione) debba avere per contenuto l'intero patto, mentre gli altri tre adempimenti (dichiarazione, verbalizzazione e deposito presso il Registro delle Imprese) possano essere assolti sinteticamente (così P. FIORIO, *Commento all'art. 2341 bis*, cit., pag.137; nessun termine è previsto per il deposito (come risulta anche dalle Istruzioni per l'iscrizione e il deposito degli atti presso il Registro delle imprese delle Camere di Commercio del Triveneto).



considera che l'art. 2341 bis è rubricato "patti parasociali", si dedurrebbe che l'art. 2341 ter, intitolato alla "Pubblicità dei patti parasociali", non può che riferirsi ai patti delineati dal precedente art. 2341 bis c.c. Inoltre, ipotizzare il riferimento a tutti i patti parasociali, significherebbe adottare per le società aperte un regime pubblicitario più gravoso rispetto a quello stabilito per le società quotate. La mancata dichiarazione del patto comporta la sospensione del diritto di voto e la conseguente invalidità della deliberazione assembleare qualora il voto del parasocio sia determinante.

Proprio in merito a tale sanzione, è stato ritenuto che la disposizione non sia applicabile ai patti destinati a porre un limite nella circolazione delle partecipazioni. Questi, infatti, hanno un'efficacia che si manifesta in atti (i trasferimenti delle partecipazioni) estranei alla società e ancor più all'assemblea, nessun voto è ad esse collegato e quindi sarebbe privo di significato prevederne la sospensione dell'efficacia<sup>117</sup>.

Dubbio è se i sindacati di voto aventi contenuto procedimentale quali, ad esempio, i sindacati di consultazione<sup>118</sup>, debbano essere dichiarati in apertura di assemblea. Come pure dubbio è se debbano essere dichiarati i patti conclusi fra i (soli) soci della società controllante<sup>119</sup>.

### 5.7 - La segretezza dei patti per i quali non vi è obbligo pubblicitario

Il sistema pubblicitario "tocca ... solo e soltanto patti parasociali collegati a società aperte, mentre ... lascia formalmente del tutto estranei ad ogni onere di pubblicità i patti collegati a s.p.a. chiuse (non controllanti di società aperte)<sup>120</sup> e nelle s.r.l. Così che sarebbero legittime clausole di segretezza ancorché sia obiettabile che in tal modo si occulterebbero situazioni di controllo azionario. Le clausole violerebbero altresì l'obbligo di buona fede<sup>121</sup> oltre che di informazione cui il contratto sociale è, al pari di tutti i contratti, soggetto. Ma la mancata previsione dell'onere pubblicitario induce a ritenere tollerata la naturale segretezza dei patti collegati a società chiuse. Del resto il medesimo onere introdotto per le società quotate e per quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio è dovuto al ruolo di apertura che tali società hanno verso il mercato mediante l'offerta di valori mobiliari<sup>122</sup>.

Un'ultima annotazione in tema di pubblicità. Quella prevista dall'art. 2341 ter c.c. trova delle corrispondenze nell'art. 2497 bis c.c. che prevede un obbligo di *disclosure* per l'attività di direzione e coordinamento, nell'art. 2362 in tema di società unipersonale e nell'art. 2435 in tema di elenco dei soci e titolarità di diritti e vincoli sulle azioni; ciò induce a ritenere che laddove il legislatore ha ritenuto di introdurre un obbligo pubblicitario al fine di tutela dei terzi<sup>123</sup>, lo ha fatto espressamente. Ciò rafforza la convinzione che al di fuori dei casi di legge non vi siano preclusioni nel mantenere riservati gli accordi collaterali al contratto sociale.

### 5.8 - Patti parasociali negli accordi preliminari

Accade sovente che le pattuizioni preliminari aventi ad oggetto il trasferimento di partecipazioni, come più in generale le pattuizioni che comportano il trasferimento di complessi aziendali o rami di essi, siano accompagnate da accordi preparatori tesi a regolare quello che sarà l'assetto societario nel periodo intercorrente fra la sottoscrizione del contratto ed il *closing* e in quello successivo all'avvenuta esecuzione degli accordi.

Le finalità di tali previsioni sono agevolmente individuabili nell'esigenza, per l'acquirente, di riservarsi la possibilità di vigilare sull'andamento della gestione al fine di preservare, se non incrementare, il valore dell'oggetto del proprio impegno di acquisto fintanto che non potrà assumerne ad ogni effetto il controllo.

Gli strumenti che l'acquirente può utilizzare allo scopo, oltre alle specifiche pattuizioni preliminari (accordi pre-sociali), sono di due tipi:

- a) la (preferibile) previsione di accordi per la modifica dello statuto sociale ovvero delle norme di funzionamento della società;
- b) l'accordo per la conclusione di patti parasociali con gli altri soci che potranno essere sottoscritti contestualmente al preliminare ovvero successivamente, prima o dopo il *closing*.

In entrambi i casi ci troviamo di fronte ad accordi aventi efficacia obbligatoria, limitata alle parti contraenti, che:

- nel primo caso, permarrà fino alle modificazioni dello statuto quando, con la relativa pubblicazione, acquisteranno efficacia *erga omnes*;
- nel secondo, il carattere vincolante resterà circoscritto fra le parti contraenti anche successivamente all'adozione dei patti<sup>124</sup> senza pervenire, come si è visto, ad un'efficacia reale nei confronti dei terzi o della società a cui essa ineriscono<sup>125</sup>.

Più nel dettaglio possono essere regolati, nei modi dianzi indicati:

1. la composizione dell'organo amministrativo e dell'organo di controllo;
2. il voto in assemblea o in determinate assemblee collegate al *closing*;
3. il trasferimento delle partecipazioni;
4. il divieto di concorrenza;
5. altri aspetti.

Vale a dire le situazioni tipicamente regolate dai patti parasociali.

Occorre tuttavia sottoporre a verifica le considerazioni sopra svolte con riferimento alle singole tipologie di sindacati, con particolare riferimento ai sindacati di gestione, nell'ipotesi di stipula di accordi pre-sociali; l'introduzione di un patto parasociale nella fase transitoria di validità del contratto preliminare di acquisto di partecipazioni, deve necessariamente intervenire fra i sottoscrittori del preliminare stesso<sup>126</sup> e coinvolgere quindi il promissario acquirente che ancora socio non è. Ora, pur essendo ammesso il patto parasociale coinvolgente anche soggetti non soci<sup>127</sup>, si dubita che i terzi possano essere chiamati ad intervenire nell'amministrazione societaria, in quanto la prerogativa gestoria deve comunque mantenersi nell'ambito degli organi societari, assemblea ed amministratori. L'ingerenza di un soggetto esterno, semmai, potrebbe indurre a qualificarlo come socio o, meglio, amministratore di fatto, con le conseguenze proprie di tale qualificazione, ivi compresa la responsabilità sociale di cui all'art. 2476 c.c.<sup>128</sup>.

Dopo le considerazioni sopra esposte, occorre verificare, sia per le s.p.a. che per le s.r.l., se al compratore, attraverso il promittente venditore che dovrebbe potersi impegnare in tal senso<sup>129</sup>, non resti altra scelta che limitare l'area di intervento dell'organo amministrativo<sup>130</sup>, ad esempio agli atti di ordinaria amministrazione, di per sé sufficienti<sup>131</sup> per una gestione "conservativa" del patrimonio sociale; ciò sarebbe da farsi nella fase pre-sociale, vale a dire direttamente nelle clausole del contratto preliminare di compravendita, anche per mezzo di impegni alla sottoscrizione di patti parasociali ad esso allegati<sup>132</sup>. In tale sede occorrerebbe, per non incorrere nei problemi di indetermina-

<sup>117</sup> A. PAVONE LA ROSA, *La "trasparenza" dei patti parasociali nelle società per azioni "aperte"*, cit., pag. 550/I.

<sup>118</sup> Espressamente contemplati dall'art. 122 del T.U.F. ma non dall'art. 2341 bis c.c.

<sup>119</sup> Per le differenti posizioni si vedano A. PAVONE LA ROSA, *La "trasparenza" dei patti parasociali nelle società per azioni "aperte"*, cit., pag. 553/I e E. MACRÌ, *Patti parasociali e attività sociale*, cit., pag. 160, il primo, in particolare, sottolinea che nel caso di società controllanti, i soci non partecipano all'assemblea della controllata e resterebbe irrisolto il quesito su chi debba dichiarare il patto in apertura dell'assemblea, salvo porlo in capo all'organo di gestione della controllante per un'esigenza di trasparenza.

<sup>120</sup> V.V. CHIONNA, *La pubblicità dei patti parasociali*, Giuffrè, Milano, 2008, pag.222.

<sup>121</sup> Art. 1375 c.c.

<sup>122</sup> V.V. CHIONNA, *La pubblicità dei patti parasociali*, cit., pag.231.

<sup>123</sup> Ancorché l'affidamento sia in qualche modo garantito dalla responsabilità che viene posta a carico degli organi societari.

<sup>124</sup> Ancorché questi siano sottoscritti dopo che il promissario acquirente è divenuto socio. Sull'efficacia obbligatoria dei patti parasociali, fra gli altri: R.TORINO, *I contratti parasociali*, cit. pag. 38; F. GALGANO, R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, cit., pag. 130; ELENA BUCCIARELLI DUCCI, *I patti parasociali: natura giuridica e profili di tutela* in Rivista del Notariato, 2009, pag.464; Orientamento I.I.17 del Comitato Triveneto dei Notai in materia di atti societari.

<sup>125</sup> Tale aspetto è ribadito anche da E. MACRÌ, *Patti parasociali e attività sociale*, cit., pag. 11, nonostante che, in special modo dopo la riforma, si intravedano aspetti di incidenza del parasociale sull'attività sociale.

<sup>126</sup> E dovrà coinvolgere gli altri soci ed, eventualmente, anche gli organi societari ancorché in seguito a promessa per fatto del terzo da parte del promittente venditore.

<sup>127</sup> Cass., Sez. I, 18.07.2007, n.15963, cit.; M. LIBERTINI, cit., 2007, pag.470, sembra ammettere il patto fra terzi e società in cui non sia coinvolto "almeno un socio", dando comunque atto che si tratta di una scelta in contrasto con l'orientamento prevalente.

<sup>128</sup> Per ANDREA ANGELILLIS E GIULIO SANDRELLI, *Società a responsabilità limitata*, in Commentario alla riforma societaria diretto da P.Marchetti, Milano, 2008, pag.796, non potrebbe sussistere una responsabilità del "socio di fatto" in quanto il terzo che si ingerisce negli atti gestori assumerebbe in ogni caso la qualifica di "amministratore di fatto", con la conseguente applicabilità del 1° comma dell'art. 2476 anziché del 7° comma.

<sup>129</sup> Ad esempio, perché amministratore munito dei necessari poteri.

<sup>130</sup> A differenza delle situazioni di cui ci si è appena occupati, che vedono coinvolti in patti sociali o parasociali anche gli organi societari ed i soci estranei all'accordo, ci troviamo ora in presenza di accordi "esterni" alla sfera societaria.

<sup>131</sup> Anzi, come evidenziato in nota 71, l'ordinaria amministrazione potrebbe rivelarsi concessione troppo ampia per i fini prefissati.

<sup>132</sup> Ciò a prescindere dalla validità, in generale, dei patti parasociali, ancorché precedenti al *closing*. Per la validità di tali accordi vedasi Trib. Milano, 29.02.2008, n. 2692, in "La banca dati del Commercialista", ed. n.37, il quale si è pronunciato su un patto parasociale di non concorrenza stipulato contestualmente al contratto preliminare. Nella sentenza non è messa in discussione la validità del patto, anche se stipulato con soggetto (ancora) non socio. In tal senso anche Trib. Milano, 20 gennaio 2009, in *Le Società*, n.9/2009, pag.1129.

tezza sopra evidenziati<sup>133</sup>, una esaustiva elencazione degli atti di ordinaria amministrazione che dovrebbero essere comunque riservati all'organo amministrativo, indicando nel contempo le relative esclusioni. Tale soluzione potrebbe però determinare momenti di carenza decisionale o, quanto meno, di difficoltà nel compiere taluni atti, non fosse altro che per l'aver assunto, il futuro socio di maggioranza, un'influenza, se non proprio dominante, determinante sulle decisioni da prendere e quindi sulla società le cui quote si intendono acquisire. E' da aggiungere che, qualora tale influenza fosse esercitata dal futuro acquirente/parasocio in veste societaria e in modo tale da dedurre un'attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497 c.c., il compratore si esporrebbe alla responsabilità per gli eventuali danni cagionati ai soci o ai creditori sociali<sup>134</sup> della società target, senza tuttavia avere la possibilità di dimostrare l'esimente prevista in funzione del risultato complessivo dell'attività.

E' da ritenere, invece, che l'influenza dell'acquirente sull'organo amministrativo, che si concretizzi in direttive informali, senza pretesa di vincoli per il destinatario, possa essere legittimamente presente. La discrezionalità nell'applicazione di tali direttive, tuttavia, affievolisce notevolmente il potere di controllo e di indirizzo da parte dell'acquirente.

Come si è visto, nessuna delle scelte volte a controllare o indirizzare le scelte decisionali nella fase transitoria è esente da censure. Queste scelte, in ogni caso, devono essere poste in relazione ai risultati che con esse l'acquirente vuole conseguire; non dobbiamo scordare, infatti, che la clausola in commento è inserita in un accordo di trasferimento di partecipazioni ed il suo fine è quello di salvaguardare il compratore. Tale garanzia può, forse, essere più agevolmente conseguita, piuttosto che con la ricerca del mantenimento del valore della partecipazione e, quindi, con l'ingerenza nell'amministrazione o anche solo nel controllo della relativa adeguatezza, con la sanzione di risoluzione del contratto per inadempimento nel caso in cui gli amministratori non si conformino o non mantengano il valore dell'acquisenda partecipazione.

## 6. Aspetti comuni (segue): impiego dei patti parasociali in alcune peculiari figure societarie

Se – come abbiamo richiamato in premesse – consideriamo i patti parasociali come uno strumento tutt'ora insostituibile per regolamentare in ambito societario ruoli ed interessi di ciascun socio o di un gruppo di soci, tenuto conto di quanto sopra detto – sia in linea generale che di dettaglio con riguardo alle singole ipotesi di patto –, è evidente la possibilità di utilmente impiegare detto strumento:

– ambiti societari ove, per la stessa natura dell'ente, è presupposta la coesistenza di "tipologie" o "classi" diverse di soci, come ad esempio nel caso delle società a partecipazione pubblica ed in particolare quelle miste pubblico-private;

– in quegli ambiti societari ai quali l'ordinamento dedica una specifica disciplina, creando l'effetto di delineare – già a livello normativo – "tipologie" di soci o di "classi" di soci, come avviene nel caso delle società c.d. tra professionisti per le quali la recente disciplina ha espressamente previsto la possibilità che, accanto a soci professionisti, vi prendano parte anche soci non professionisti (soci investitori). Per entrambe dette tipologie, in via generale e preliminare, è interessante osservare come alla presenza di una disciplina specifica e di dettaglio fa da contraltare la configurabilità di specifici profili di invalidità caratteristiche dei patti parasociali stipulabili tra i soci di dette società.

Infatti, patti il cui contenuto può essere, oltreché frequente, pienamente legittimo con riguardo a situazioni societarie per così dire "comuni", possono risultare invalidi ove impiegati nelle tipologie societarie sopra considerate.

Basti al riguardo considerare tutte quelle ipotesi in cui il patto si ponga in contrasto con una previsione speciale a carattere imperativo, ovvero risulti stipulato appositamente per ottenere l'effetto di aggirare eventuali divieti imposti da norme "speciali" o, per meglio dire, "specifiche" di tali tipologie societarie.

## 6.2. - L'impiego dei patti parasociali nelle società pubbliche, in particolare quelle miste

I patti parasociali possono rappresentare uno strumento efficace per conciliare un modello tipicamente privatistico di impresa, come la società di capitali, con le finalità e le esigenze dei soci pubblici.

Attraverso i patti parasociali è possibile infatti introdurre delle variazioni nell'assetto dei rapporti tra soci ovvero tra soci e società che agevolino, attraverso l'organo amministrativo, il raggiungimento degli obiettivi per i quali gli enti pubblici decidono di acquisire una quota di partecipazione.

In parte le esigenze dei soci pubblici sono analoghe a quelle di un qualunque altro socio privato; per altra parte, invece, l'ordinamento pubblico dei soci, e conseguentemente delle loro società, manifesta esigenze peculiari di regolazione dell'esercizio dei diritti sociali.

Per esempio, nell'ambito della vasta categoria di patti richiamati nel comma 3 dell'art. 2341 bis c.c. - relativi ad accordi funzionali a rapporti di collaborazione nella produzione e nello scambio di beni e servizi e quindi svincolati dalle norme della commentata sezione III bis del Codice Civile - si possono comprendere tutti quelli accordi che i soci pubblici concludono al fine di favorire con la propria azione il perseguimento dell'oggetto sociale, che dovrebbe, in ultima analisi, condurre ad un interesse generale<sup>135</sup>.

Come è noto, gli enti pubblici utilizzano lo strumento societario, in forme diverse:

- con partecipazione totalitaria di uno dei soci;
- con compagine allargata a più enti locali, comprendendo altresì altre fattispecie di enti di carattere pubblico;
- società miste con soci privati.

Il primo caso non presenta esigenze particolari. Negli altri, invece, occorre spesso individuare i dispositivi di mantenimento degli equilibri tra soci che, pur condividendo alcuni elementi oggettivi, tali da giustificare la partecipazione al medesimo progetto imprenditoriale, restano comunque portatori di interessi diversi. Anche nelle società pubbliche infatti si rivengono patti parasociali tesi a stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società esclusivamente in funzione della presenza di soci privati, ovvero a causa della presenza di interessi nettamente distinti. I patti parasociali possono rappresentare quindi sia il mezzo principale di coordinamento tra la componente pubblica, sia lo strumento per regolamentare i rapporti con il socio privato. Con riguardo al primo aspetto, infatti, la partecipazione di una pluralità di enti pubblici soci non dà necessariamente luogo ad un organismo monolitico e indistinto, poiché essi (specialmente se di natura diversa - locali e nazionali, territoriali ed istituzionali) sono comunque portatori di interessi propri, non necessariamente coincidenti con quelli degli altri soci pubblici<sup>136</sup>. I patti parasociali potranno in tal caso sostanziarsi in accordi con cui le parti si impegnano a svolgere le attività loro proprie, direttamente o indirettamente connesse all'azione sociale, secondo determinati indirizzi e forme, allo scopo di consentire o facilitare il perseguimento del fine comune: si pensi a titolo di esempio agli accordi in ordine alle politiche tariffarie delle utilities ovvero agli interventi congiunti di sviluppo infrastrutturale, che comportino un iter procedimentale suddiviso tra le competenze di diversi enti pubblici<sup>137</sup>.

Con riguardo alla seconda ipotesi, invece, è d'uopo distinguere i patti parasociali a seconda che siano conclusi tra i partner pubblici, qualora ve ne sia una pluralità, e quelli conclusi con il socio privato.

Si possono classificare pertanto due principali categorie di patti:

- 1) quelli conclusi esclusivamente dai soci pubblici;
- 2) quelli conclusi con il socio privato.

In sede di conclusione del patto, i soci pubblici formeranno una parte omogenea accumulata dall'interesse a mantenere il controllo della società attraverso l'introduzione di particolari condizioni concernenti la durata del rapporto

<sup>133</sup> Vedasi nota 82.

<sup>134</sup> Rispettivamente per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale e per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio sociale. Da rilevare inoltre che, come sottolineato da P. FIORIO, *Commento all'art. 2341 bis*, cit., pag.140, l'art. 2497, 2° comma c.c., prevede una responsabilità solidale di tutti coloro che abbiano comunque preso parte al fatto lesivo.

<sup>135</sup> cfr. GIANNINI-VITALI, *I patti parasociali*, Maggioli, 2011, 121 ss.;

<sup>136</sup> Vi è invece comunanza di interessi nel caso in cui i patti parasociali vengano stipulati fra gli enti soci al fine di assicurare quel "controllo analogo" a quello esercitato sui propri uffici che costituisce condizione essenziale affinché un affidamento *in house* di un servizio pubblico sia considerato legittimo.

<sup>137</sup> Per maggiore chiarezza si richiamano degli esempi: (a) quando gli enti locali soci restano proprietari delle infrastrutture o degli immobili, mentre la gestione di certe attività è affidata alla società partecipata; gli impegni in questa circostanza possono prevedere la realizzazione da parte degli enti soci di parte degli investimenti, per quanto di loro competenza. In questi casi vanno evitati i possibili disequilibri economici e finanziari della società a discapito degli altri enti soci o anche solamente della società stessa; (b) oppure, si pensi alla fattispecie di più enti che gestiscono unitariamente delle attività tramite una loro società, quando la politica dei prezzi o delle tariffe è rimasta di competenza degli stessi enti soci; (c) altri casi del medesimo genere sono gli accordi tra soci pubblici che prevedono l'utilizzo dello strumento ai fini sociali dei contributi e degli incentivi ai clienti o utenti della società partecipata, evitando il diverso meccanismo dell'erogazione diretta alla società, considerando che in tal caso si delegherebbe di fatto ad essa un'attività politica economico sociale in contrasto con le sue finalità imprenditoriali; (d) infine, quando i soci pubblici si impegnano nei confronti degli altri soci, ciascuno per quanto di propria competenza, ad eseguire attività specifiche, come le modifiche di carattere urbanistico, del regolamento edilizio, dei procedimenti di autorizzazione ecc. per consentire l'esecuzione delle opere pianificate (cfr. M. LIBANORA, *Le società miste pubblico-provato e le operazioni di project financing*, Milano, 2011).

con i privati, lo scopo per cui si rende indispensabile l'associazione con questi ultimi, la quota di capitale da far sottoscrivere ai medesimi ed il loro numero, le condizioni economiche da praticare e le configurazioni di *governance* (i patti che riguardano gli aspetti testé elencati sono con frequenza accompagnati da patti di voto, blocco e concertazione).

I soci privati, dal canto loro, saranno presumibilmente unanimi nel pretendere dai partners pubblici l'impiego a compiere tutte quelle attività di loro competenza che, pur non rientrando nell'oggetto sociale, siano comunque necessarie al raggiungimento dello stesso ed al conseguimento dell'utile.

Quindi se principalmente gli accordi parasociali rappresentano strumenti con i quali gli enti pubblici possono garantirsi un potere di controllo, indipendentemente dalla quota posseduta, per tutelare legittimamente gli interessi collettivi dei quali sono istituzionalmente portatori, nulla esclude che possano essere stipulati patti parasociali tesi a tutelare il soggetto debole del rapporto contrattuale, ovvero il socio privato (si pensi ad es. ai patti che attribuiscono diritti o riconoscano facilitazioni al privato, generalmente allo scopo di facilitare le operazioni aziendali del piano industriale, quali ad es. i pagamenti)<sup>138</sup>.

Quando nella compagine sociale è presente o si prevede l'ingresso di un socio privato i patti parasociali assumono dunque un ruolo chiave.

Tuttavia, e con specifico riferimento al tema dell'impiego dei patti parasociali come strumento di *governance* nell'ambito delle società cosiddette miste, va rilevata l'esistenza di un orientamento non uniforme in dottrina sul corretto impiego dei patti parasociali per la disciplina dei rapporti tra soggetto pubblico e partner privato.

Per un verso infatti viene da taluni rilevato che i patti parasociali sarebbero estranei al modello funzionale della società mista per il fatto che il contenuto degli stessi, nelle società a partecipazione pubblica, viene preliminarmente ed unilateralmente determinato già in sede di gara, in totale assenza di negoziazione con il partner privato.

Per altro verso viene rilevato che il demandare a pattuizioni parasociali il regolamento di taluni aspetti del rapporto tra socio pubblico e socio privato presenterebbe dei rischi con riguardo alle possibili alterazioni di quello che si ritiene essere lo "schema" o l'"equilibrio" tipico di questo rapporto<sup>139</sup>; rischi collegati soprattutto ai vincoli legali di durata che possono condizionare nel tempo l'efficacia del patto (ove applicabili)<sup>140</sup> nonché al ridotto ambito di efficacia ed al limitato grado di coercibilità dei patti medesimi<sup>141</sup>.

In quest'ottica viene da alcuni indicato come più corretto inserire le pattuizioni di che trattasi, anziché in patti parasociali, nello stesso statuto, anche avvalendosi dell'ampia autonomia statutaria portata dalla riforma del diritto societario: e ciò perlomeno con riferimento a quelle norme che possano essere considerate cruciali per l'esercizio dei poteri di *governance* richiesti e voluti dagli enti pubblici<sup>142</sup>.

Se da un lato il riferito orientamento trova un vantaggio non secondario nella soluzione di alcuni problemi o limiti che – come sopra visto – sono intrinseci

allo strumento del patto parasociale, dall'altro è corretto osservare che:

- se la spiccata autonomia statutaria propria della formula delle s.r.l. potrebbe risolversi – anche alla luce di quanto testé detto – in un più moderato utilizzo dei patti parasociali, soprattutto per quanto riguarda la disciplina degli assetti proprietari, d'altro canto – e per le medesime ragioni – l'impiego dei patti parasociali potrebbe mantenere convenienza con riferimento alle società miste in forma di s.p.a., in considerazione dei più cogenti e rigidi principi normativi che presidiano questo tipo societario;

- il ricorso ai patti parasociali può altresì mantenere comunque rilevanza di fronte (a) all'esigenza di attribuire rilievo giuridico alle pattuizioni che riguardano l'assetto organizzativo della società, nel caso in cui queste si pongano in contrasto con le esigenze di certezza ed efficienza dei meccanismi che regolano il funzionamento delle società di capitali. A questa fattispecie si ascrivono ad esempio le clausole volte a disciplinare l'esercizio del diritto di voto in assemblea sulla base delle decisioni assunte preventivamente dagli aderenti al patto (soci pubblici); (b) all'esigenza di introdurre particolari correzioni alle procedure di nomina stabilite nello statuto con la finalità di tutelare le minoranze. E' il caso del voto di lista quando si intende articolare le nomine anche nell'ambito dei singoli soci. Questo avviene ad esempio quando ci si trova in presenza di diversi soci pubblici ciascuno con le proprie esigenze di garanzia verso le minoranze; (c) alla necessità di dosare il potere di nomina degli amministratori secondo il peso di ciascuna partecipazione. In questi casi le clausole statutarie non sono idonee e vanno dunque integrate da specifiche pattuizioni tra i soci pubblici.

Come considerazione conclusiva va tenuto presente – riallacciandosi a quanto detto in premessa – che nella valutazione complessiva di questi accordi, non può in ogni caso prescindersi dal fatto che l'operato delle società in esame rimane soggetto sia al diritto pubblico che a quello privato, con l'ovvia conseguenza che il patto parasociale legittimo per una società privata potrebbe essere invalido se riferito ad una società a partecipazione pubblica.<sup>143</sup>

Quindi alle cause di illegittimità prettamente privatistiche vanno ad aggiungersi quelle derivanti dall'applicabilità del diritto pubblico.

In specie va richiamato il rischio – sopra rilevato – connesso alla potenziale alterazione che i patti possono portare alla posizione di primazia spettante al socio pubblico nel controllo societario. E' possibile infatti che i patti finiscano con l'attribuire al socio privato minoritario un'influenza sostanzialmente superiore a quella spettantegli in base all'effettiva partecipazione societaria. Viene in rilievo in specie l'istituto del "controllo di fatto" (art. 2359 co 1 n. 3 c.c.) consistente nell'esercizio di un'influenza dominante di una società su un'altra in virtù di particolari vincoli contrattuali con quest'ultima<sup>144</sup>.

E' evidente che in siffatta situazione patologica il socio pubblico sostanzialmente abdica al suo ruolo di controllo e quindi si spoglia illegittimamente della tutela istituzionale degli interessi pubblici di sua competenza, con conseguente invalidità del patto attraverso il quale tale situazione non conforme

<sup>138</sup> cfr. P. CAPACCI, *L'impiego dei patti parasociali nelle società miste*, in *Diritto della Regione – Regione Veneto*, n. 3-4/2008.

<sup>139</sup> cfr. COSSU, *L'amministrazione delle s.r.l. a partecipazione pubblica*, GC, 2008. Si tenga conto che la recente normativa sui servizi pubblici, ma ancor prima la Commissione Europea (cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione Europea sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico – privati istituzionalizzati (PPPI), pubblicata sulla gazzetta ufficiale C91 del 12 aprile 2008) hanno delineato un assetto abbastanza preciso dei rapporti e dei ruoli dei soci nelle società miste: assetto che vede il pubblico nel ruolo di "regista" e il privato in quello di "esecutore". I compiti di *governance* dovrebbero quindi rimanere distinti da quelli industriali e solo questi ultimi risulterebbero di pertinenza del socio privato, mentre i primi dovrebbero trovare disciplina nell'ambito dello statuto o, se se ne condivide l'impiego, nei patti parasociali.

<sup>140</sup> Questo limite dei patti parasociali costituisce un ostacolo non irrilevante quando si tratta dei rapporti di maggior durata con il partner privato. Infatti, con riguardo alle società miste, nelle gare per la selezione del partner privato è di norma prevista una durata superiore al quinquennio. Su questo aspetto influisce peraltro l'adeguatezza della durata di questi rapporti con il periodo di ammortamento correlato all'investimento richiesto al partner privato.

<sup>141</sup> Si ricordi in primo luogo l'inopponibilità di tali patti nei confronti della società, nonché l'incoercibilità delle obbligazioni assunte dai contraenti vista l'impossibilità di ottenerne l'esecuzione in forma specifica. E' pacifica dunque la difficoltà in molti casi da parte degli enti pubblici di vedere garantite attraverso i patti parasociali quelle prerogative che l'esercizio delle proprie funzioni impone o che solamente sono necessarie per il perseguimento degli obiettivi individuati. E' ben vero non di meno che – come sopra si è visto – a questi limiti possano essere contrapposti dei correttivi ed è vero altresì che nello specifico caso delle società miste detti correttivi potrebbero trovare un "ingresso facilitato" proprio perché il socio pubblico può stabilire a monte ed unilateralmente il contenuto dei patti stessi. Il partner pubblico difatti impone il testo sia dello statuto che dei patti parasociali. L'ente pubblico ha quindi la possibilità di prevedere tutta una serie di forme di coercizione societaria al partner privato, che possono arrivare finanche all'esclusione o al termine anticipato del rapporto prevedendone le modalità. Oltre a questi rimedi particolarmente forti, possono essere efficaci, nella maggior parte dei casi, dei più ordinari strumenti di dissuasione basati sull'applicazione di penali, cauzioni o fidejussioni a fronte degli eventuali inadempimenti.

<sup>142</sup> Ad esempio la possibilità di attribuire a singoli soci o a gruppi di essi il potere di nominare – ed eventualmente revocare – uno o più amministratori. Con riguardo a tale facoltà viene peraltro in rilievo e/o in soccorso il comma 3 dell'art. 2468 c.c. con conseguente la possibilità di attribuire a singoli soci diritti particolari in ordine all'amministrazione della società. In considerazione dell'indicazione di "singoli" soci va tuttavia evidenziato il limite della soluzione proposta quando si tratta di attribuire questa prerogativa a gruppi omogenei di soci riferendosi in particolare a quelli pubblici. In questi casi l'impiego dei patti parasociali che disciplinano l'esercizio nel diritto di voto tra gli aderenti ritorna ad assumere rilevanza quale necessario corollario dell'assetto normativo societario.

<sup>143</sup> In giurisprudenza, Tar Lazio-Roma, Sezione Seconda, 12 marzo 2002 n. 1897, in il Foro Amm. Tar 2002, 938, 525, con nota di M. GIGANTE, ove si legge in massima "considerata l'elevata importanza strategica dell'impianti radiotelevisivi è legittimo il provvedimento con il quale il Ministero delle Comunicazioni nega l'autorizzazione alla cessione da parte della Rai del capitale azionario, sia pure minoritario, della società che gestisce ed installazione dell'esercizio degli impianti, nell'ambito della concessione per il servizio pubblico radiotelevisivo, per l'effettiva influenza dominante che la società acquirente è in condizione di esercitare in virtù dei patti parasociali sottoscritti". Per precisazione con l'atto impugnato da parte della Rai è il diniego opposto dal Ministero alla cessione delle quote; il contenuto dei patti parasociali è parte delle ragioni che hanno portato a tale decisione. Un patto parasociale che in ambito privatistico non sarebbe stato affetto da particolari vizi, in quanto relativo ad interessi soggettivi disponibili, ha invece manifestato in questo caso delle anomalie a causa della lesione di interessi pubblici di rilevante entità, tutelati dal Ministero attraverso l'atto di concessione del servizio.

<sup>144</sup> Cfr. TAR Lazio-Roma, sez., II, n. 1897/2002, cit. in Foro Amministrativo TAR, 2002, 525 con nota di M. GIGANTE;



alla legge si crea.

### 6.3 - I patti parasociali nelle società tra professionisti

Come noto, con la Legge n. 183 del 2011, il legislatore ha voluto introdurre nel nostro ordinamento una disciplina *ad hoc* per la cosiddetta società tra professionisti. Nel delineare tale disciplina, contrariamente alle istanze e alla rappresentazioni provenienti dai vari operatori del settore (*in primis* gli ordini professionali), il legislatore ha espressamente previsto che a dette tipologie societarie possono partecipare oltretutto professionisti – ovvero soggetti in possesso di idonei requisiti e/o qualifiche e/o iscrizioni a ordini professionali – ma anche soci non professionisti (soci investitori)<sup>145</sup>.

E' stato osservato che la partecipazione di soggetti non professionisti, e quindi possibili portatori di interessi in qualche modo "imprenditoriale", sia un aspetto che, se non chiaramente definito, potrebbe portare a distinguere tra società professionali cosiddette "pure" (caratterizzate da un soggetto esclusivamente professionale e da soci esclusivamente professionisti) e società professionali cosiddette "miste" (ove, accanto all'attività professionale in senso stretto, sono ammessi apporti ed interessi di diversa natura), con il conseguente problema di capire quale regime sarà applicabile a ciascuna delle due prospettate fattispecie.

Comunque, la possibilità di configurare due nuclei o due gruppi distinti di interesse all'interno della compagine societaria (interessi per un certo verso confluenti nel medesimo obiettivo imprenditoriale, e per altro verso possibilmente in contrasto tra loro) rende evidente come lo strumento del patto parasociale, oltre allo statuto, possa rappresentare chiara utilità anche nell'ambito di tale tipologia societaria, sulla falsa riga di quanto sopra si è detto con riguardo alle società miste pubblico-private.

Con riguardo a tali tipologie di patti opereranno i distinguo, i termini di efficacia, i termini di validità, le utilità ed i profili di criticità che possono essere rilevati con riguardo alla generalità dei patti parasociali nelle tipologie classiche societarie. Accanto a ciò, tuttavia, per effetto della presenza di una disciplina tipica e specifica, è possibile ed interessante individuare profili di peculiarità relativi al tipo societario che ci occupa.

In particolare, e proprio con riguardo alla possibilità dianzi vista che nella compagine societaria figurino anche i soci non professionisti, va considerato che la versione originaria della previsione che legittima siffatta compresenza non prevedeva alcuna limitazione (di carattere quantitativo o qualitativo) rispetto alla partecipazione dei soci aventi "finalità di investimento" (non professionisti) e ciò non aveva mancato di suscitare talune perplessità<sup>146</sup>.

Su tale aspetto è intervenuto il legislatore con la previsione di cui alla lettera b) comma 1 art. 9 bis della Legge n. 27 del 2012, così – tra l'altro – ponendo il nostro ordinamento in linea con le soluzioni adottate presso alcuni ordina-

menti europei.

Tale norma, integrando quella precedente di cui al comma 4 dell'art. 10 della L. n. 183/2011 sopra richiamata, precisa appunto che "in ogni caso il numero dei soci professionisti e la partecipazione al capitale sociale dei professionisti deve essere tale da determinare la maggioranza dei due terzi nelle deliberazioni o decisioni dei soci; il venir meno di tale condizioni costituisce causa di scioglimento della società (...)".

Con tale previsione il legislatore sembra aver dato – ma forse solo apparentemente – ascolto alle istanze provenienti da più protagonisti del settore, in particolare dagli ordini professionali (e tra questi anche dall'Unione Triveneta dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati), che più volte avevano rappresentato l'esigenza di arginare o comunque limitare la partecipazione in società di soci non professionisti.

La modifica normativa non ha tuttavia sopito il dibattito e ad essa ha fatto seguito la presentazione di ulteriori istanze finalizzate ad un intervento normativo che assicuri effettività al limite normativo come sopra introdotto. In particolare una di queste istanze ha avuto proprio ad oggetto l'impiego di patti parasociali in chiave di strumento finalizzato a modificare l'assetto del controllo così come voluto da ultimo dal legislatore.

Nel documento 02 luglio 2012 presentato dall'Unione Triveneta dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati, infatti, si legge l'espressa richiesta che, a garanzia dell'indipendenza del professionista, nel regolamento sulle società professionali venga introdotto l'obbligo delle società medesime di inserire nel proprio atto costitutivo e/o statuto una previsione di divieto di stipulazione di patti parasociali tra il socio professionista ed il socio non professionista o di capitale<sup>147</sup>.

E' spiegato peraltro che la previsione di un siffatto divieto si giustificerebbe con il fine di evitare che, tramite i patti parasociali, possano essere aggirate le quote previste dal legislatore (per quanto attiene alla partecipazione di soci non professionisti). Invero è chiaro che un patto parasociale stipulato con tale finalità, anche in assenza di una previsione statutaria che lo vieti, presenterebbe profili di invalidità sotto il profilo dell'illiceità della causa.

Trattandosi di una disciplina probabilmente soggetta ad ulteriori modificazioni normative, la considerazione che allo stato è consentito di fare è che laddove tali modificazioni normative conducano all'introduzione di previsioni o divieti atti a delineare uno specifico "tipo" normativo di società, la valutazione di eventuali patti parasociali tra i soci della stessa non potrà prescindere, come per le società miste pubblico-private, dalla valutazione in ordine all'effettivo interesse perseguito con lo specifico patto, onde verificare che quest'ultimo non rappresenti la tutela di un interesse non meritevole per l'ordinamento (e perciò in contrasto con il disposto di cui all'art. 1322 c.c.), o addirittura rappresenti lo strumento per aggirare un particolare divieto.

<sup>145</sup> Parrebbe a tutt'oggi restare fermo quanto previsto dalla legislazione speciale per le c.d. società tra avvocati (D. Lgs. n. 96/2001 art. 21 e L. n. 247/2012 art. 5) che invece impone ai soci il possesso del titolo professionale e l'iscrizione all'albo. E ciò nonostante sia inutilmente scaduta la delega legislativa al Governo di cui al precitato art. 5 L. n. 247/2012 – cfr. parere CNF 18-C-2013.

<sup>146</sup> Sul tema vedasi *amplius*: Società tra professionisti, Supplemento Speciale 2012, Le Società e MARCO CIAN, *Gli assetti proprietari nelle società tra professionisti*, in NLCC, 2-2013, 343.

<sup>147</sup> Analoga considerazione invero potrebbe essere svolta con riguardo alle società di revisione, giacché anche l'art. 2 D. Lgs. n. 39/2010 rubricato "Abilitazione all'esercizio della revisione legale", alle lettere c) ed e) del comma 4 prevede: "nelle società regolate nei capi II, III, e IV del Libro V del c.c., maggioranza numerica e per quote dei soci costituita da soggetti abilitati all'esercizio della revisione legale in uno degli Stati membri dell'U.E." e "nelle società regolate nei capi V, VII e VIII del Libro V del c.c., maggioranza dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria spettante a soggetti abilitati all'esercizio della revisione legale in uno degli Stati membri dell'U.E.".