

R.G. 45749-1/2014



TRIBUNALE ORDINARIO DI MILANO
SEZIONE SPECIALIZZATA IN MATERIA DI IMPRESA B

Il Giudice Istruttore Angelo Mambriani,

- letti il ricorso ex art. 2378 c.c. depositato il 16.07.2014 da Carlo Giovanni Ettore Feige (di seguito: Carlo Feige), assistito e rappresentato come in atti, e gli allegati documenti;
- letti la Memoria autorizzata di costituzione e risposta depositata il 18.08.2014 da Fi.Mo.Tec. s.p.a. (di seguito: Fimotec o la Società), assistita e rappresentata come in atti, e gli allegati documenti;
- lette le memorie autorizzate depositate dal ricorrente il 3.11.2014 e dalla Società il 18.11.2014;
- sentite le parti nelle udienze del 12.08.2014, 30.09.2014, 21.10.2014, 25.11.2014 e sentito il presidente del collegio sindacale,

a scioglimento della riserva assunta, ha emesso la seguente

ORDINANZA

I

I) Fumus boni iuris:

* In via preliminare parte resistente eccepisce l'incompetenza di questo Tribunale per essere competenti gli arbitri, giusta il disposto dell'art. 34 dello Statuto di Fimotec - rubricato "Clausola arbitrale", che stabilisce:

"Qualunque controversia insorgente tra i soci e la società, ivi comprese le controversie relative alla validità delle delibere assembleari ..., avente ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale, potrà essere devoluta ad un Arbitro Unico".

Da notare che l'uso del verbo "potere" è inusuale in clausole arbitrali, dove l'obbligo di adire gli arbitri è espresso, se non addirittura con l'uso dell'ausiliare "dovrà", con l'uso del verbo "devolvere" all'indicativo o al futuro ⁽¹⁾. Ciò induce viepiù a ritenere che la clausola in questione concede ai soci la facoltà di adire gli arbitri, senza imporre loro un obbligo in tal senso.

¹⁾ Es: Clausola per arbitrati societari redatta dalla Camera Arbitrale di Milano:"



Sostiene parte resistente anzitutto che, letta come opzione d'arbitrato a disposizione di una sola delle parti - oltre che non essere tale interpretazione autorizzata dalla lettera della clausola -, essa sarebbe inammissibile/invalida per mancanza del consenso di tutte le parti coinvolte nella controversia, poiché il fatto che tutte le parti (qui lo statuto) abbiano approvato l'opzione prima dell'insorgenza della controversia sarebbe insufficiente.

In secondo luogo sostiene parte resistente che, letta come disponente il necessario consenso di tutte le parti, la clausola non potrebbe operare, perché, scelto da una il giudice ordinario, l'altra sceglierebbe l'arbitro e viceversa.

Si tratta di osservazioni certamente perspicue, che però - pur lette unitamente a quelle di rincalzo (l'attenzione alla rubrica dell'articolo, che peraltro in realtà nulla dice se non intitolare la clausola; il riferimento alla "parte più diligente" nel presentare l'istanza di nomina dell'arbitro, espressione di stile che nulla dice in ordine all'obbligatorietà di tale nomina; la) - non possono indurre in alcun modo a ribaltare il contenuto della clausola nel suo significato diametralmente opposto, cioè, a fronte della espressione della facoltà di adire l'arbitro, che la cognizione arbitrale sarebbe obbligatoria.

E' chiaro infatti che, siccome la giurisdizione ordinaria è prevista di default dal nostro ordinamento, se uno statuto congegna una clausola compromissoria inammissibile o invalida o incapace di operare, rimane agibile alle parti solo la giurisdizione ordinaria, per mancanza od invalidità del substrato normativo/consensualistico che costituisce indefettibile presupposto della competenza arbitrale.

Nè soccorre il disposto dell'art. 1367 c.c., poiché il fatto che non si riesca a cavare da un testo un significato che gli dia qualche effetto giuridico, non autorizza affatto a scaravoltarne il senso, costituendo presupposto e limite logico della norma appena richiamata, che si usino gli strumenti ermeneutici consentiti. Infatti la stessa norma prevede la possibilità che l'interprete debba arrendersi di fronte alla possibilità che siano consentite solo interpretazioni che privano il testo di effetti giuridici.

In conclusione, le parti hanno la facoltà di adire l'arbitro, ma se una dissente rimane obbligata la scelta della giurisdizione ordinaria ⁽²⁾.

Nel caso di specie, appare incontrovertibile l'opzione dell'attore/ricorrente per la giurisdizione ordinaria, sicché il dissenso della resistente è irrilevante.

"Tutte le controversie aventi ad oggetto rapporti sociali, comprese quelle relative alla validità delle delibere assembleari, promosse da o contro i soci, da o contro la società, da o contro gli amministratori, da o contro i sindaci, da o contro i liquidatori, saranno risolte mediante arbitrato secondo il Regolamento della Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano. Il Tribunale Arbitrale sarà composto da un arbitro unico/tre arbitri**, nominato/i dalla Camera Arbitrale. L'arbitrato sarà rituale e gli arbitri decideranno secondo diritto".

²⁾ Cfr. Trib. Bari, 5.7.2011, n. 2379.



In ogni caso deve essere richiamato il noto indirizzo giurisprudenziale, fatto proprio da questo Tribunale, secondo cui, sino alla nomina degli arbitri, è competente il giudice ordinario a conoscere le istanze cautelari. Nè, considerato il tenore testuale della clausola sopra richiamata, si può certo far carico all'attore di non avere ancora depositato l'istanza di nomina dell'arbitro.

* In via preliminare parte resistente ha eccepito che il ricorso sarebbe inammissibile per essere la delibera impugnata, con cui è stato eliminato il diritto di prelazione, autoesecutiva e perciò priva di una fase esecutiva suscettibile come tale di sospensione.

L'eccezione non può essere accolta.

Questo Tribunale conviene con quella ricostruzione interpretativa che attribuisce al termine "esecuzione" di cui all'art. 2378 comma 3 c.c., il significato di "effetti" o "efficacia". Tale impostazione, come noto, trova solida base ermeneutica nella lettera dell'art. 35 comma 5 D.Lgs. n. 5 del 2003.

Ne consegue che sono suscettibili di sospensione tutte le deliberazioni assembleari i cui effetti non siano esauriti al momento dell'adozione della sospensiva ⁽³⁾.

Nel caso di specie, la deliberazione di eliminazione del diritto di prelazione rende incondizionatamente efficaci verso la società le vendite di partecipazioni che sono state effettuate dopo la sua eliminazione.

Viceversa, la sospensione degli effetti della delibera di eliminazione del diritto di prelazione, ripristinando ex tunc il vigore della previsione statutaria, rende quelle cessioni inefficaci nei confronti della Società, giusta quanto esplicitamente affermato dall'art. 9 ult. comma dello statuto *ante* modifica.

Ne deriva, per un verso, che la delibera impugnata spiega tutt'ora effetti - anche molto rilevanti - consentendo all'acquirente delle azioni l'esercizio di diritti che, in caso di sospensione, sarebbero invece esercitabili solo dai venditori, e, per altro verso, che la delibera di cui si discute è suscettibile di sospensiva.

* Nel merito il ricorrente impugna la delibera in data 3 luglio 2014 con cui la Società ha modificato l'art. 9 dello statuto ed eliminato il diritto di opzione.

Assume in principalità il ricorrente che la deliberazione è annullabile perché affetta da abuso della maggioranza.

L'impugnazione - nei limiti cognitivi propri di questo procedimento sommario - deve ritenersi assistita da *fumus* di fondatezza.

³⁾ Tra le tante: Trib. Milano, SSIB, 27.2.2013, n. 72949/2012 R.G.



E' nota la base essenzialmente contrattualistica della figura dell' abuso nel voto: l'affermazione - qui pienamente condivisa - secondo cui il contratto sociale è contratto associativo che, prevedendo l'esercizio in comune tra i soci di un'attività economica a scopo di lucro (art. 2247 c.c.), impone ai medesimi particolari doveri di collaborazione al fine di raggiungimento dello scopo stesso. Tali doveri assumono poi particolare pregnanza in ragione dell'applicazione del principio di buona fede nell'esecuzione dei contratti (artt. 1175, 1375 c.c.), valido anche con riferimento alle deliberazioni assembleari quali atti esecutivi del contratto sociale ⁽⁴⁾.

Le fattispecie abusive, per come ricostruite in giurisprudenza, sono dunque connotate dal fatto che il voto del socio abusante, in violazione dei principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, è finalizzato a danneggiare altri soci in assenza di ragioni giustificatrici. Sicché ne sono sintomi, tra l'altro, la mancanza di motivazione, l'esclusivo vantaggio proprio o di terzi perseguito dal socio abusante e la mancanza di vantaggio od il danno all'interesse sociale.

E' solo il caso di sottolineare che l'abuso del diritto di voto ricorre certamente nell'ipotesi in cui il socio di maggioranza voti una delibera all' esclusivo scopo di causare un danno al socio di minoranza, ma include anche l'ipotesi in cui quel danno determini nel contempo un vantaggio per il socio di maggioranza ⁽⁵⁾.

Ciò non solo e non tanto perché la restrizione della fattispecie alla sanzione dell'atto meramente emulativo lo relegherebbe - in un contesto quale quello delle società commerciali governato in buona percentuale dal razionale perseguimento, da parte degli attori in campo, dei propri particolari interessi - ad una applicazione rarissima.

Ma soprattutto perché, nell'abuso, ciò che conta è proprio il danno provocato al socio di minoranza, accompagnato dalla mancanza di una sua giustificazione sul piano societario ⁽⁶⁾, dove il vantaggio particolare e personale che ne ritragga il socio di maggioranza, che quasi sempre costituisce l'altra faccia del danno al socio minoritario, non può certo di per se stesso fungere da esimente. Al contrario esso individualistico ed egoistico vantaggio, in quanto movente ed aspetto inscindibile della finalità per cui la maggioranza vota in un determinato modo, finisce in quanto tale per connotare in modo assai significativo l'antigiuridicità della condotta, cioè la violazione della regola della buona fede.

⁴⁾ Tra le tante: Cass., n. 1361 del 2011; Cass., n. 27387 del 2005; Cass., n. 11151 del 1995; Cass., n. 4323 del 1994; Cass., n. 2958 del 1993.

⁵⁾ Per tutte: Cass., n. 1361 del 2011, secondo cui l'abuso ricorre quando "... il voto determinante del socio di maggioranza sia espresso allo scopo di ledere interessi degli altri soci, oppure risulti preordinato ad avvantaggiare ingiustificatamente i soci di maggioranza in danno di quelli di minoranza, in violazione del canone generale di buona fede nell'esecuzione del contratto". Nello stesso senso, peraltro, la sent. C. App. Bari n. 1146 del 23.11.2009 in Giurisprudenzabasere.it, citata da parte convenuta a p. 36 della comparsa di risposta.



Dunque, il vantaggio del socio di maggioranza assumerà valore di esimente soltanto se legittimo o giustificato sul piano societario ⁽⁷⁾, con ciò rendendosi *ipso facto* giustificato anche il danno al socio di minoranza.

In questo quadro, dunque, il vantaggio recato con l'adozione della deliberazione all'interesse sociale funge da giustificazione del vantaggio dell'un socio (di maggioranza) e del danno dell'altro, mentre l'indifferenza o il danno anche per l'interesse sociale non scriminano o aggravano l'abuso.

In conclusione, l'abuso esiste quando il socio di maggioranza strumentalizza la società o il suo ordinamento per recare un danno ingiustificato al socio di minoranza, eventualmente con proprio particolare, individualistico e parimenti ingiustificato vantaggio.

* Nel caso di specie è accaduto quanto, in estrema sintesi, si espone di seguito.

Fimotec è società per azioni partecipata – sino al 4 luglio 2014 - al 49,5 % ciascuno dai fratelli Carlo ed Elena Feige ed all' 1 % da Alberto Radaelli - persona di fiducia del padre dei due fratelli, Ing. Giorgio, fondatore della società che, deceduto, ha lasciato ai figli le partecipazioni di cui era titolare – ⁽⁸⁾.

Lo statuto della società prevedeva una clausola di prelazione (art. 9) in favore dei soci per il caso di trasferimento a terzi, con espressa sanzione di inefficacia dei trasferimenti in violazione.

Il 29 gennaio 2013 i due fratelli stipulavano un accordo di covendita, che li obbligava a vendere le loro partecipazioni qualora avessero ricevuto offerte di acquisto vincolanti al prezzo di almeno 35 milioni di euro "cash and debt free".

Veniva quindi avviato un procedimento – organizzato e condotto dall'*advisor* Mittel - volto all'individuazione di soggetti interessati all'acquisto. Venivano raccolte parecchie offerte, vincolanti e non, nessuna delle quali raggiungeva la soglia individuata come presupposto dell'obbligo di vendita da parte dei contraenti. Tra quelle raccolte la migliore risultava quella avanzata dal Fondo IGI, formulata la quale, l'Avv. Gasperi – legale di parte Elena Feige, ma anche, come si vedrà, socio al 5% di Anvia Holding s.r.l. (di seguito: Anvia; v. postea) -, con missiva del 16 aprile 2014, comunicava il completamento del processo di vendita. In relazione all'offerta IGI l'attore ipotizza una collusione con Mittel, sua partecipante, riguardo alla quale non è possibile esprimersi compiutamente in questa sede di sommaria cognizione, sebbene l'ipotesi trovi un qualche riscontro

⁷⁾ Emblematiche le delicate valutazioni in tema di abuso di maggioranza su delibere di aumento di capitale: Trib. Milano, SSIB, 30.11.2012, n.13437.

⁸⁾ Deliberatamente non si affrontano qui le tematiche relative all'avvenuto scioglimento della comunione di Carlo ed Elena sul 62 % delle azioni, poiché il motivo d'impugnazione relativo all'invalidità della deliberazione di esclusione del diritto di prelazione ex art. 2377 comma 5, nn. 1 e 2 c.c. per avere partecipato al voto persone non legittimate, è assorbito rispetto alle considerazioni che si svolgono nel testo.



nelle considerazioni svolte dall'allora procuratore di Carlo Feige, Avv. Ferruccio Papi Rossi (doc. 18 ric.).

Elena Feige intendeva vendere al Fondo IGI, mentre Carlo, ritenendo non soddisfacente la proposta non la accettava e la vendita sfumava.

Poco dopo, però, il Fondo IGI dichiarava nuovamente ad Elena Feige la sua disponibilità all'acquisto di partecipazioni societarie che gli consentissero il controllo della società (50 % + 1) (cfr. comparsa di risposta, p. 22-23).

Elena, il 28 aprile 2014, rassegnava le dimissioni dal c.d.a. (sino ad allora composto da lei stessa, Carlo - presidente ed a.d. - e Radaelli), determinandone la decadenza in virtù della *calusola simul stabunt simul cadent* contenuta nello statuto sociale.

All'assemblea del 15 maggio 2014, convocata per la nomina degli amministratori, si realizzava per la prima volta un' inedita maggioranza Elena Feige-Radaelli, che nominava un nuovo c.d.a. (Garzia, Buzzi, Wullschleger), contrario Carlo.

Il giorno successivo (16.5.2014) il nuovo c.d.a. si riuniva per esaminare la richiesta - evidentemente proveniente dalla maggioranza che l'aveva da poco nominato - di convocare assemblea straordinaria per eliminare il diritto di prelazione di cui al citato art. 9 dello statuto.

Tre giorni dopo (19.5.2014), il c.d.a. conferiva al dott. Giancarlo De Marchi (di seguito anche: De Marchi) incarico di redigere perizia riguardante il valore delle azioni per il caso di recesso dei soci dissenzienti rispetto alla delibera.

Dieci giorni dopo (29.5.2014) De Marchi depositava elaborato peritale in cui quantificava il valore delle azioni, secondo l'attore inammissibilmente sottostimandolo (v. postea).

Il collegio sindacale - svolgendo la valutazione di sua competenza ex art. 2437 ter comma 2 c.c. - si è espresso criticamente in ordine a tale elaborato peritale (doc. 27 att.).

Il 17 giugno 2014 il c.d.a. convocava l'assemblea straordinaria avente all'ordine del giorno la eliminazione del diritto di prelazione previsto dal ridetto art. 9 dello statuto.

Il 3 luglio 2014 si svolgeva l'assemblea ed i soci Elena Feige e Radaelli votavano a favore della soppressione, contrario Carlo.

Il giorno dopo (4 luglio 2014) Elena Feige e Radaelli vendevano le loro partecipazioni a Tora s.r.l. (di seguito: Tora) al prezzo, quanto alla partecipazione della prima, di € 17 milioni, inclusa cassa (circa € 12 milioni, esclusa cassa), mentre non è noto in atti il prezzo al quale è stata acquistata la partecipazione del Radaelli.

Tora risulta partecipata al 77 % circa dal Fondo IGI ed al 23 % circa da Anvia. Quest'ultima società è risultata partecipata al 94 % da Massimo Cortili, marito di Elena Feige, già manager della Società,



peraltro in contrasto, in ordine a varie scelte gestionali, con Carlo Feige. Le altre partecipazioni stanno per il 5 % in capo all'Avv. Gasperi, legale di Elena Feige.

Lo stesso 4 luglio 2014 Tora si offriva di acquistare da Carlo la sua partecipazione allo stesso prezzo offerto a Elena.

Seguiva una nuova convocazione dell'assemblea ordinaria, che si svolgeva il 17 luglio 2014, in cui gli amministratori in carica davano le dimissioni - dunque a distanza di due mesi dalla nomina - e veniva nominato un nuovo c.d.a., nel cui ambito il Cortili assumeva la carica di amministratore delegato.

In questo contesto, Carlo non accettava l'offerta di acquisto di Tora e non esercitava il diritto di recesso.

* Ad avviso di questo Tribunale il voto nell'assemblea del 3 luglio 2014 che ha portato all'eliminazione del diritto di prelazione costituisce un caso paradigmatico di abuso della maggioranza. Va premesso che l'eliminazione del diritto di prelazione comporta l'esclusione del diritto del socio di rendersi acquirente (a pari condizioni) della quota dei soci-venditori.

A titolo di ristoro e compensazione della perdita di tale diritto, la legge riconosce al socio dissenziente rispetto alla decisione di eliminare il diritto statutario di prelazione, il diritto di recedere dalla società, con pagamento in suo favore del corrispettivo previamente indicato dagli amministratori, suscettibile di essere contestato dopo il recesso ⁽⁹⁾ (art. 2437 comma 2 c.c.).

Orbene, la disposizione normativa riguarda, all'evidenza, il potere della maggioranza di modificare lo statuto sociale, eliminando la disposizione statutaria che prevede il diritto di prelazione. Cioè la maggioranza può eliminare il diritto previsto in astratto dallo statuto sociale.

Rispetto a tale situazione è però da tenere ben distinta quella il cui, essendo presenti o di imminente verifica al momento della delibera, i presupposti per l'esercizio, da parte del socio di minoranza, del diritto consacrato nella norma statutaria, essa sia eliminata allo scopo di evitare che il socio eserciti il diritto ivi previsto.

Non è consentito, cioè, che la maggioranza, attraverso la surrettizia eliminazione del diritto statutariamente previsto in astratto, privi il socio di minoranza della possibilità di esercitarlo.

Il potere della maggioranza di eliminare il diritto di prelazione, cioè, concerne la configurazione statutaria della società, non invece il diritto esercitabile in concreto dal socio in forza della disposizione che lo prevede.

⁹⁾ Ci si esime qui dal prendere posizione sulla questione se la valutazione degli amministratori possa essere impugnata anche dal socio che non è receduto, perché assorbita dalla decisione e dai motivi di cui al testo.



Dunque l'eliminazione della previsione statutaria che prevede il diritto di prelazione è possibile intanto in quanto essa non elimini anche nel contempo il diritto di prelazione esercitabile dal socio al momento della deliberazione o in un momento subito successivo.

Del resto, se un diritto non è più tale se è consentito al controinteressato eliminarlo a suo arbitrio: se fosse consentito alla maggioranza di cancellare i diritti statutari della minoranza, proprio quando la maggioranza ha posto in essere o sono imminenti situazioni in cui essi possono essere esercitati, allora significherebbe non riconoscere alcuna effettività a quei diritti e, infine, allo statuto in quanto tale.

E, in particolare, consentire la rimozione della clausola di prelazione in presenza dei presupposti di fatto che legittimano l'esercizio del diritto ivi previsto - cioè nell'imminenza di una vendita -, significa consentire l'abrogazione di fatto dello stesso diritto di prelazione, ad arbitrio della maggioranza.

Se ciò accade, è evidente che la maggioranza ha esorbitato i limiti del suo diritto, incorrendo in abuso.

Tanto premesso, l'eliminazione del diritto di prelazione, nel caso di specie, è avvenuta quando erano integrati i presupposti di fatto perché Carlo Feige esercitasse quel diritto: è sufficiente richiamare la successione degli eventi come sopra esposta ed in particolare la circostanza che la vendita delle azioni di Elena Feige e Radaelli a Tora è avvenuta il giorno successivo a quello in cui si è tenuta l'assemblea che ha deliberato l'eliminazione del diritto di prelazione.

Tale eliminazione ha costituito un grave danno per il socio Carlo Feige, atteso che lo ha privato del diritto di rendersi acquirente - allo stesso prezzo offerto dal terzo - sia della quota della sorella Elena, sia della quota del Radaelli, ovvero alternativamente di una delle due.

E' evidente, in particolare, che la maggioranza (Elena + Radaelli) ha privato la minoranza (Carlo) del diritto, statutariamente previsto e concretamente esercitabile, di divenire maggioranza mediante l'acquisto di almeno una delle quote degli altri due soci, e così conseguire in via definitiva il controllo della Società.

Ciò reca altresì un' evidente conseguenza anche sul piano patrimoniale, atteso che - in ipotesi di acquisto della maggioranza - il valore della quota del socio acquirente si sarebbe viepiù accresciuto.

In particolare, l'eliminazione del diritto di prelazione in vista della vendita del pacchetto di maggioranza, dà luogo ad un danno anche sotto diverso aspetto: consente, mediante il recesso, di liquidare il socio di minoranza "a valore di libro", impedendogli di divenire maggioranza pagando il premio solo a chi detiene la quota minore che gli consenta di raggiungere la maggioranza [facoltà, quest'ultima, che rientra pienamente nel diritto di prelazione e che consente di valorizzare appieno



proprio la quota di minoranza in quanto tale e nella sua effettiva dimensione (il socio all' 1 %, per divenire maggioranza dovrà acquistare il 49,5 %, al socio al 49,5 % basterà acquistare l' 1 %)].

D'altro canto, è altrettanto evidente il vantaggio proprio e individuale perseguito dai soci di maggioranza, ovvero vendere ad un soggetto gradito (Tora), ad un prezzo ritenuto congruo - ma contestato dal socio di minoranza perchè ritenuto troppo basso - e nell'ambito di una operazione che avrebbe consentito ad un terzo parte correlata - il Cortili, marito di Elena - di rimanere socio in misura rilevante - sia pure indirettamente attraverso Tora e Anvia (partecipante Tora al 23 %) - e di acquisire il controllo della società sul piano amministrativo/gestionale (acquisizione della carica di a.d.), con la percezione dei relativi emolumenti.

Per ottenere tale molto appetibile risultato - nell'ottica particolare ed individuale del socio Elena Feige -, era necessario eliminare il diritto di prelazione di cui era titolare Carlo, perchè Tora aveva posto come condizione del suo intervento l'acquisto della maggioranza del capitale sociale (v. supra) e tale condizione con ogni probabilità non si sarebbe verificata se Carlo avesse mantenuto e quindi esercitato quel diritto.

Tutto ciò è esplicitamente ammesso da parte convenuta ⁽¹⁰⁾.

Quanto a Radaelli, non è noto il vantaggio da lui personalmente conseguito, ma come si diceva, essendo sufficiente, perchè sussista l'abuso, il danno ingiustificato alla minoranza, la mancanza di prova in ordine al vantaggio egoistico perseguito ed ottenuto dal socio che ha contribuito a formare la maggioranza non è rilevante. Ciò senza considerare che, nel caso di specie, il Radaeli ha, nella esecuzione di questa operazione, costituito una maggioranza coesa ed organica con l'altro socio Elena Feige, consentendo a questa di acquisire i vantaggi ingiustificati sopra illustrati.

E' inoltre il caso di notare che l'esclusione del diritto di prelazione dei soci non può considerarsi motivata dalla soddisfazione di alcun legittimo interesse della Società in quanto tale, sia perchè tale interesse non è stato nemmeno allegato dalla Società stessa, sia perchè la Società può ritenersi o estranea al traffico delle partecipazioni tra i soci, ovvero - secondo indirizzo anche di legittimità ⁽¹¹⁾ - semmai configurata e connotata sul piano organizzativo dalla presenza del diritto di prelazione e, quindi, interessata a che esso non sia eliminato abusivamente.

In conclusione, i comportamenti sopra indicati rientrano nella fattispecie di abuso, poiché la maggioranza (Elena + Radaelli) ha eliminato un diritto statutario del socio di minoranza, con danno per il suo titolare, all'unico scopo di ottenere un vantaggio individuale e particolare che altrimenti non avrebbe ottenuto. Id est: la delibera societaria è stata strumentalizzata unicamente a vantaggio dei soci di maggioranza ed a danno del socio di minoranza. La maggioranza, pur di conseguire il proprio particolare interesse, facendo della modifica statutaria lo strumento di soddisfazione di

¹⁰⁾ Comparsa di risposta, p. 37.

¹¹⁾ Cass. N. 1230 DEL 3.6.2014.



quell'interesse, ha soppresso la regola che l'avrebbe impedita, così espropriando il socio di minoranza del diritto che la regola gli attribuiva.

In concreto, la maggioranza, per vendere a chi aveva interesse acquistasse (Tora - Fondo IGI - Cortili), ha eliminato il diritto altrui (diritto di Carlo Feige di acquistare) mediante l'eliminazione della norma statutaria, senza interesse per la società ed al solo scopo di avvantaggiare se stessa e danneggiare l'altro socio pregiudicato.

* A conferma delle proprie conclusioni, il ricorrente ha dedotto un altro motivo, comunque significativo, concernente l'inattendibilità, a suo avviso, della perizia De Marchi e del prezzo ivi indicato.

In particolare l'attore sostiene anzitutto - argomento apprezzabile in questa sede di cognizione sommaria ma certo degno di maggiore approfondimento - la mancanza di terzietà del perito nominato dal c.d.a. in quanto avente rapporti (sia pure indiretti) con l' acquirente finale (Tora) ed il suo socio di maggioranza (Fondo IGI), quali: - Tora ha sede in Milano, via Larga n. 6, ove è altresì ubicato lo studio professionale del dott. De Marchi e del dott. Tabone; - collaborazioni professionali De Marchi - IGI; - è collega di studio del dott. Tabone, già sindaco del Fondo IGI e presidente del collegio sindacale di Tora.

La resistente replica che: - l'art. 2437 ter c.c. non impone agli amministratori di avvalersi di un perito per stimare il valore delle azioni; - i fatti di cui sopra sarebbero irrilevanti ai fini della valutazione dell'indipendenza del perito, anche ai sensi dell'art. 2399 c.c.

Sul primo argomento si potrebbe osservare che, sebbene non tenuti a nominare un perito, nel momento in cui effettuano la stima delle azioni in vista del possibile recesso dei soci ex art. 2473 c.c., gli amministratori (e quindi il perito eventualmente nominato in ausilio) sono tenuti a valorizzare le azioni in modo obiettivo ed indipendente dagli interessi di singoli soci o gruppi di soci.

Sul secondo, l'attore ha efficacemente replicato che, semmai dovrebbero considerarsi le norme di cui all'art. 67 l.f. e all'art. 9 commi 4 e 5 del Codice Deontologico della professione del Dottore Commercialista, ai sensi delle quali i fatti sopra indicati sarebbero rilevanti.

Nel merito della perizia il ricorrente deduce: - la mancata considerazione dei positivi risultati del primo trimestre 2014; - la mancata considerazione del prezzo di mercato, la cui valutazione è prevista dall'art. 2437 bis comma 2 c.c. (ma il perito ha motivato sul punto); - il parere critico espresso dai sindaci ex art. 2473 c.c., espressamente confermato dal Presidente del collegio sindacale all'udienza del 25.11.2014.



In particolare il ricorrente vuole evidenziare che la valorizzazione della società ha subito un progressivo degrado, scendendo significativamente dalla soglia stabilita con l'Accordo di covendita del gennaio 2013, a mezzo della valutazione Mittel, poi dell' offerta IGI, poi della valutazione De Marchi, poi dell'offerta Tora. La sorella avrebbe compensato il progressivo downgrading a mezzo della permanenza (indiretta) nel capitale della Società per una quota comunque significativa e a mezzo dell'ottenimento (a mezzo del marito) del controllo amministrativo/gestionale, con i relativi corrispettivi, mentre a lui è stata correlativamente negata la possibilità di divenire socio di maggioranza, con i relativi effetti anche a livello di incarichi gestionali.

In ogni caso, in questo contesto e rispetto all'impugnativa di cui si discute, il livello di prezzo di valorizzazione delle azioni ha importanza certo considerevole, ma non decisiva, perché l'eliminazione del diritto di prelazione riguarda il diritto di acquistare e non quello di vendere, e perché per un verso, anche se il prezzo di vendita a Tora fosse stato maggiore, comunque il socio Carlo avrebbe potuto avere interesse ad acquistare la quota di Radaelli – tanto percentualmente limitata quanto essenziale ai fini del controllo della società - e, per altro verso, se il valore – secondo la Società - è soddisfacente per i soci maggioritari, non si vede perché privare Carlo del diritto di acquistare.

Viceversa, le doglianze dell'attore sull'esiguità del corrispettivo del recesso, possono avere il significato di sottolineare ulteriormente gli effetti dannosi cui è stato esposto dalle manovre altrui – non solo privato del diritto di acquistare, ma anche del diritto di recedere ad un giusto prezzo -, ma non hanno attinenza immediata e diretta rispetto al contenuto della delibera impugnata, che attiene solo al primo aspetto della questione.

* Non paiono convincenti i motivi che la Società resistente ha dedotto a sostegno della legittimità della deliberazione.

Anzitutto non convince la lettura del disposto dell'art. 2437 c.c., secondo cui, siccome è prevista la possibilità di eliminare il diritto di prelazione previsto statutariamente, ed a tale eliminazione consegue il riconoscimento del diritto di recesso come ivi previsto, allora la maggioranza potrebbe provvedere a quell'eliminazione sempre e comunque, a sua assoluta discrezione.

In realtà, come si è detto, il potere della maggioranza concerne la previsione statutaria, non il diritto del socio allorché ne sussistano i presupposti per l'esercizio in concreto, viepiù, per quel che si è già detto in punto di danno al socio di minoranza, quando l'eliminazione della prelazione è deliberata, dalla maggioranza, nell'imminenza appunto della cessione non di una partecipazione qualsiasi, ma proprio della partecipazione maggioritaria.



In conclusione, la maggioranza ha certamente il diritto di eliminare dallo statuto il diritto di prelazione, ma l'esercizio di quel diritto, come tutti, non può sfociare nel mero arbitrio ed invece soggiace al limite dell'abuso, nei termini sopra illustrati.

In secondo luogo non è corretta l'affermazione secondo cui Carlo Feige avrebbe comunque in ogni caso già in precedenza rinunciato pattiziamente al diritto di prelazione, segnatamente nell'ambito dell'accordo di covendita.

Invero, la semplice lettura dell'art. 2.5.1 dell'Accordo di Covendita rende evidente che: - tale rinuncia era limitata agli effetti dell'Accordo medesimo, sicchè, sopravvenuta l'inefficacia di quello (v. supra), è venuta meno anche la rinuncia al diritto di prelazione; - tale rinuncia riguardava le azioni nella disponibilità dei fratelli Feige, ma non la quota di partecipazione (decisiva ai fini dell'acquisto del controllo) in capo al Radaelli.

Né si può affermare, come fa parte resistente, che il comportamento di Carlo Feige è incongruente, per non avere nè venduto a Tora nè avere esercitato il recesso.

Si ripete che a Carlo, con l'eliminazione del diritto di prelazione non è stato tolto il diritto di vendere, ma quello di acquistare – segnatamente la maggioranza ed il controllo tramite l'acquisizione di tutte o alcune delle partecipazioni altrui, in particolare quella Radaelli -, ed è ovvio che, trattandosi di diritti di contenuto opposto, l'eliminazione del diritto di acquistare, se in sé è illegittima, non può essere bilanciata dalla concessione del diritto di recedere o della possibilità di vendere, indipendentemente dal prezzo offerto.

Infine non sono convincenti, già sul piano astratto, le considerazioni della resistente in ordine ai non buoni risultati cui aveva condotto la gestione di Carlo Feige ed all'opportunità di dotare la società di un management professionale: questo risultato avrebbe potuto essere raggiunto dalla maggioranza semplicemente sostituendo il c.d.a. - come del resto ha effettivamente fatto -, senza eliminare il diritto di prelazione del socio.

II) Periculum in mora.

Il periculum in mora consiste nel timore oggettivamente fondato che il socio riceva un danno dall'esecuzione della deliberazione.

Il danno va necessariamente apprezzato in relazione al diritto leso. Il diritto di prelazione non comprende solo il diritto di acquistare le partecipazioni messe in vendita dagli altri soci, ma anche e prima il diritto a che la società non riconosca efficacia alle vendite concluse in violazione di quel diritto. Cioè, il diritto di ciascun socio a che la compagine sociale rimanga composta dagli stessi soci che ne erano parte al momento dell'introduzione di quel diritto (salvi limiti ed eccezioni che qui



non ricorrono), potendo l'uscita dell'uno giustificare l'ingresso di un terzo solo se gli altri decidono di non acquistare la partecipazione di quello.

Con riferimento al caso di specie, in particolare, ciascuno dei tre soci aveva il diritto di vedere controllata la società da se stesso più uno degli altri due soci o dagli altri due e non da un terzo.

Il ricorrente, dunque, subisce il danno di vedere la Società da lui significativamente partecipata posta sotto il controllo di soggetto estraneo alla compagine sociale iniziale, senza che gli sia stata data la possibilità di assumerne il controllo.

Si tratta di un danno apprezzabile in quanto, mentre le persone inizialmente partecipanti erano note e noto anche il novero - per quanto ampio - delle loro possibili scelte in punto di esercizio dei diritti amministrativi, le logiche strategiche del nuovo controllore, del tutto estraneo al socio residuo, gli sono parimenti del tutto estranee: costui - che è un fondo di investimento - può assumere determinazioni (es.: assunzione di determinati rischi; delocalizzazione, anche parziale, legale o produttiva, ecc.) che potevano presumibilmente essere escluse in capo alla compagine originaria.

Venendo meno la stabilità dell'originaria compagine, inoltre, risulta più probabile l'ulteriore vendita delle partecipazioni a terzi magari in buona fede.

Orbene, a fronte del danno che subisce il socio, la Società come tale non subisce danno apprezzabile dalla sospensione degli effetti della deliberazione di cui si discute.

Per un verso, infatti, si è già detto che, in linea generale, le vicende concernenti il trasferimento delle partecipazioni sociali sono indifferenti per la società, specie sul piano gestionale e patrimoniale, avendo essa semmai solo il problema di individuare con precisione chi sono i soci legittimati all'esercizio dei relativi diritti.

Per altro verso, volendo accedere alla perspicua interpretazione secondo cui il patto di prelazione connota la Società sul piano organizzativo, finendo per conferirle una determinata configurazione, allora essa ha interesse a che lo stravolgimento di quell'assetto organizzativo non avvenga illegalmente.

Infine, se è vero che gli effetti dell'inefficacia della vendita delle partecipazioni di Elena Feige e di Radaelli a Tora determina un serio scompaginamento degli attuali equilibri societari, è tuttavia opportuno, considerata l'illegittimità dei medesimi, che ciò avvenga a ridosso delle vendite stesse, piuttosto che a distanza di molto tempo, cioè al termine del processo di merito.

Va dunque riscontrata l'esistenza anche del requisito del periculum in mora.

Ne consegue che il ricorso deve essere accolto.

La regolamentazione del regime delle spese va riservata all'esito del giudizio di merito.

P. Q. M.



Visto l'art. 2378 c.c.

ACCOGLIE

il ricorso e, per l'effetto, sospende l'esecuzione della delibera approvata dall'assemblea straordinaria di Fi.Mo.Tec. S.p.a. il 3 luglio 2014.

Riserva la regolamentazione del regime delle spese all'esito del giudizio di merito.

Milano, 19 gennaio 2015

IL GIUDICE
ANGELO MAMBRIANI

