

Con il provvedimento in commento, il Tribunale di Brescia si è trovato a dover affrontare la questione prospettata a seguito del ricorso ex art.700 e 669 cpc con cui il Trustee chiedeva l'iscrizione a libro soci di una società per azioni del Trust, a seguito delle girata azionaria.

La società resistente lamentava che il Trustee avesse violato il diritto di prelazione previsto dalla clausola statutaria ed in particolare che il Disponente aggirasse le previsioni statutarie in merito alla cessione a terzi delle partecipazioni sociali nella società, procedendo alla modifica "in corsa" dei beneficiari. Onde inquadrare correttamente le questioni giuridiche sottese al caso in esame, si riassumono qui di seguito i fatti occorsi.

1. La fattispecie

Il Disponente nel 2012 aveva sottoscritto un contratto di mandato fiduciario con una Fiduciaria, che includeva, tra gli altri beni, una partecipazione societaria costituita da svariate migliaia di azioni di una società per azioni, tanto da renderlo il secondo azionista. Tale partecipazione veniva intestata a favore di una fiduciaria.

In data 18.02.2011, veniva altresì istituito dal Disponente, a rogito del Notaio Giuseppe Gallizia di Sant'Angelo Lodigiano, un Trust, al fine di (come si legge all'articolo 2, "Ragione del Trust") "*sovvenire alle necessità essenziali dei Beneficiari, secondo il loro abituale tenore di vita e mano a mano che esse si manifestano*".

Venivano nominati quali Beneficiari del Trust, il Disponente, il coniuge non legalmente separato, e i figli dello stesso Disponente; quale Garante, veniva indicato un dottore commercialista in Brescia; infine, quale Trustee, veniva indicata la società In Media Trust s.r.l., con sede in Milano, via Durini n. 15, società avente come oggetto sociale esclusivo l'esercizio, appunto dell'attività di trustee company. Il "Fondo in Trust" (articolo 4) non veniva dotato di alcun bene in sede di atto istitutivo. Veniva quindi richiesto dal trustee il codice fiscale, come previsto dalla legge, ottenuto in data 22/02/2011 presso l'Agenzia di Milano 1. Come accennato, il Trust era stato istituito, senza l'apporto di alcun bene al Fondo in Trust: coerentemente con le sue finalità, il Disponente decideva di procedere alla dotazione del fondo in trust con il bene principale che costituiva il patrimonio del Disponente, vale a dire la sopra evidenziata Partecipazione azionaria, che era, ricordiamo, intestata fiduciariamente, per conto del medesimo Disponente alla Fiduciaria.

A tal fine in data 30.03.2012 il Disponente, pur non essendo obbligato formalmente, a termini di statuto e di legge, nell'ottica della trasparenza e buona fede, informava, tramite comunicazione scritta, il legale rappresentante della Società e gli altri soci, della propria intenzione di conferire la Partecipazione al Trust e che il Trust, istituito per i bisogni della propria famiglia, aveva quali beneficiari sé stesso, e i propri discendenti, e che il trasferimento della Partecipazione a favore del Fondo del suddetto Trust, sarebbe stata effettuata nell'aprile del medesimo anno.

Risultava evidente che il trasferimento della Partecipazione, a favore del Trust Profi non fosse soggetto al diritto di prelazione, secondo quanto previsto dallo statuto della società.

Successivamente all'invio della comunicazione, seguiva una lettera raccomandata, inviata da ciascun socio della società, che conteneva una richiesta di delucidazioni relative all'operazione da parte dei soci.

Ritenendo perfettamente lecito il conferimento della Partecipazione in Trust, infondata la necessità di ottenere l'assenso degli altri soci e del tutto strumentali e superflue le richieste di "ulteriori delucidazioni" pervenute dagli altri soci della società, in data **14.06.2012**, a rogito del Notaio Giuseppe Gallizia, venivano trasferite, a titolo di conferimento nel fondo del Trust la partecipazione azionaria a favore del Trustee.

Con lettera raccomandata in data **03.08.2012** la Trustee Company comunicava alla società l'avvenuto trasferimento della Partecipazione in favore del Trust, allegando copia dei certificati con la girata registrata autenticata dal Notaio. Con la medesima comunicazione, per chiarezza e trasparenza, veniva altresì fornita copia della certificazione notarile di avvenuta stipula con l'intero testo dell'atto istitutivo del Trust, nonché copia dell'attribuzione del codice fiscale. Con tale comunicazione si richiedeva, per la prima volta, l'aggiornamento del Libro soci con l'iscrizione come socio del trustee.

La richiesta di iscrizione nel libro soci della società veniva tuttavia lasciata senza esito. Di converso gli altri soci, con lettera raccomandata in data 10.08.2012, si rivolgevano al Notaio Giuseppe Gallizia chiedendo delucidazioni in ordine alla girata della Partecipazione, che a loro dire, era avvenuta contravvenendo all'art.7 dello statuto, contenente il diritto di prelazione in favore degli altri soci. Il notaio Gallizia contattava telefonicamente il legale rappresentante della Società e chiariva che lo Statuto non prevedeva alcunché relativamente al trasferimento in Trust delle partecipazioni sociali e che, per generale principio previsto per le società per azioni, tali trasferimenti erano da considerarsi liberamente effettuabili.

Nuovamente, con lettera raccomandata in data 15.11.2012, il legale rappresentante chiedeva "ufficialmente chiarimenti scritti in merito alla mancata applicazione del "DIRITTO DI PRELAZIONE" espressamente previsto da Statuto" al notaio Gallizia; quest'ultimo rispondeva con la raccomandata del 21.11.2012 ribadendo quanto precedentemente già comunicato verbalmente ed evidenziando la correttezza dell'operazione, poiché non sussisteva in alcun modo alcun diritto di prelazione dei soci con riferimento alle girate delle Partecipazioni. Nel frattempo l'organo amministrativo della Società continuava a rifiutarsi di iscrivere il Trust, in persona del suo trustee, nel libro soci, nonostante le innumerevoli richieste avanzate dal Trustee, non solo all'Organo amministrativo ma anche al Collegio Sindacale.

Neppure l'intervento di un difensore della società agevolava il contraddittorio, costringendo, dopo ben oltre un anno e mezzo, il Trustee, il Disponibile e la Fiduciaria a promuovere un procedimento d'urgenza.

2. La clausola di prelazione prevista nello statuto sociale

Si rende quindi necessario analizzare brevemente la rilevanza della clausola di prelazione prevista dallo statuto sociale.

La prelazione statutaria è regolata dagli artt.2355-*bis* per la SPA e 2469 c.c. per la SRL.

La prelazione **propria** consente agli altri soci di essere preferiti, nell'acquisto della partecipazione, **a parità di condizioni**, rispetto al cessionario indicato dal cedente nell'offerta di acquisto trasmessa agli altri soci.

Nella fattispecie in esame assume altresì rilievo la cd. prelazione “impropria”. Tale espressione può essere utilizzata in due diverse accezioni. La prima identifica quelle clausole che consentono al prelazionario **l'acquisto ad un prezzo diverso** rispetto a quanto stabilito tra le parti originarie (ossia cedente e cessionario) o quanto meno indicato nella *denuntiatio*; al contrario di quanto accade nella prelazione *tout court* che si limita ad attribuire un diritto ad essere preferiti a parità di prezzo e di condizioni. Tali clausole hanno la funzione principale di evitare l'aggiramento della prelazione con l'accordo di simulazione del prezzo tra cedente e cessionario.

La seconda accezione identifica quelle clausole che, prescindendo dall'elemento «della parità di condizioni», da ritenersi elemento naturale, ma non essenziale della prelazione, **consentano al socio titolare della prelazione di rendersi acquirente delle azioni** nei seguenti casi:

- a) nel caso di negozi a titolo oneroso senza la previsione di un corrispettivo fungibile;
- b) nelle ipotesi in cui il trasferimento delle partecipazioni sia solo un effetto indiretto dell'operazione;
- c) nel caso di negozi a titolo gratuito, quali una donazione ovvero, appunto, il conferimento in trust.

Il diffondersi di tale clausole di prelazione improprie ha posto numerosi dubbi in merito all'interpretazione della c.d. clausola “generica” di prelazione: cosa accade quando uno statuto di una società è, appunto, “generico”? Si applicano per una sorta di analogia le norme previste per la prelazione propria ai casi che invece andrebbero regolati da clausole di prelazione “impropria”?

L'indirizzo interpretativo maggiormente restrittivo sembra preferibile, poiché **la prelazione statutaria costituisce comunque una deroga al principio generale della libera circolazione delle azioni di società**, principio che tollerebbe una compressione unicamente in presenza di un'esplicita volontà dei soci (si confronti Trib. Milano, 17 ottobre 1996, in Foro pad., 1998, I, p. 78; App. Milano, 7 febbraio 1989, Trib. Milano, 12 febbraio 1987, Trib. Milano, 23 novembre 1988, in Giur. comm., 1990, p. 563; App. Firenze, 13 giugno 1988, in Dir. fall., 1989, II, p. 1109, con nota adesiva di Bronzini, Rigorosa interpretazione di rigorose clausole societarie; Cass., 21 dicembre 1960, n. 3292, in Foro it., 1961, I, c. 19).

In tale ottica le previsioni statutarie sul diritto di prelazione risulterebbero applicabili soltanto alle **ipotesi tassativamente previste**, restando esclusa ogni possibilità di interpretazione estensiva, salvo che la clausola elenchi a mero titolo esemplificativo ipotesi di negozi a cui applicare la clausola. In tal senso si è espressa seppure in un *obiter dictum* la Suprema Corte (Cass., 12 aprile 1975, n. 1551, in Foro it., 1975, I, c. 2543).

Da non sottovalutare poi la differenza tra i tipi di società previsti dall'ordinamento italiano: sicuramente l'adozione della forma della “SPA” rappresenta il mezzo più opportuno e più efficace per attirare capitali privati per lo sviluppo dell'economia; con tale scelta i soci della hanno espresso la volontà di assoggettare i propri rapporti ad un tipo sociale nato e pensato per una rapida circolazione dei capitali, essenziale per lo

sviluppo della medesima società. Sarebbe ora incoerente ritenere sussistenti vincoli alla circolazione delle partecipazioni non esplicitati nello statuto.

Per i sostenitori della tesi opposta, la prelazione statutaria costituirebbe invece una clausola organizzativa societaria, che risponderebbe ad un interesse della società da ritenersi assolutamente prioritario rispetto al principio della libera circolazione delle azioni (si confronti Amabili, *Clausole generiche di prelazione statutaria: spunti di riflessione*, in *Dir. e prat delle soc.*, 2003, n. 23, p.31).

La giurisprudenza è intervenuta su tali dubbi interpretativi.

In particolare la Cassazione, in passato, recependo un indirizzo accolto dai giudici di merito, ha stabilito che il diritto di prelazione, nonostante l'ampiezza delle espressioni usate, è compatibile solo con i trasferimenti a titolo oneroso *inter vivos* (Cass. 93/1989). **Venendo ora all'articolo dello statuto**, tale clausola prevede che il promittente comunichi al titolare del diritto di prelazione, l'intenzione di addivenire alla stipula della vendita e le condizioni alle quali il terzo sia disponibile a tale stipulazione, attività giuridica nota comunemente come *denuntiatio*.

In presenza di una clausola che espressamente si riferisce alla "vendita", si deve concludere che lo statuto della società presupponga che il trasferimento debba avvenire **a titolo oneroso**. Di conseguenza il conferimento in trust è chiaramente escluso dalla previsione statutaria: pertanto **nella fattispecie in esame non può sorgere in alcun modo il diritto alla prelazione**.

3. Il rifiuto di iscrizione e le relative conseguenze.

In base alle osservazioni sopra svolte, appare ora necessario esaminare quale sia la situazione che consegue al rifiuto della società di riconoscere il trasferimento delle azioni e quindi quali siano le conseguenze relative alla mancata iscrizione dell'acquirente nel libro soci e la conseguente sua impossibilità all'esercizio dei diritti sociali.

Occorre quindi stabilire il corretto rapporto che intercorre tra l'art.2355 bis e l'art.2355, comma 3 c.c.

In presenza di clausole statutarie ex art.2355 bis c.c, la girata non è un indice di legittimazione sufficiente all'esercizio dei diritti sociali o, che è la stessa cosa, l'art. 2355, comma 3, non opera per le società che abbiano nel loro statuto clausole che limitano la circolazione, per le quali l'indice di legittimazione principale deve ritenersi il libro soci.

È a questo che ci si deve riportare in linea di principio per stabilire se un determinato soggetto possa o meno esercitare un diritto sociale.

In via generale è da notare che la legge prevede, come alternativa all'iscrizione nel libro soci, due soli indici di legittimazione di carattere generale: la girata per i titoli azionari e la certificazione rilasciata ex art. 85 TUF dall'intermediario che partecipa al sistema di gestione accentrata di titoli dematerializzati.

Ora in presenza di clausole che limitano la circolazione, l'esercizio di tutti i diritti sociali, anche a titolo organizzativo, è possibile a chi non è iscritto, purchè sia in possesso, oltre che della astratta legittimazione all'esercizio del diritto, anche dei requisiti statuari per essere ammesso in società.

Di conseguenza il giratario non iscritto può esercitare tutti i diritti sociali e perciò anche il diritto all'intervento in assemblea, qualora gli amministratori accertino che egli è in possesso dei requisiti statutari per essere iscritto nel libro soci. In questi casi la legittimazione all'esercizio dei diritti sociali deriva dalla girata, accompagnata dalla presenza dei requisiti statutari, e l'iscrizione nel libro soci non è la conseguenza di tale verifica.

Come già precedentemente ricordato, l'ultimo comma dell'art. 2355 bis c.c. dispone che le limitazioni al trasferimento delle azioni devono risultare dal titolo, prescrizione necessaria a tutelare la buona fede di chi acquisti azioni mediante girata, senza conoscere lo statuto e così ignorando le limitazioni all'acquisto della legittimazione che l'acquirente può incontrare. È quindi opportuno verificare quali siano le conseguenze della mancata presenza sul titolo delle indicazioni dettate dalla legge.

La visione materiale di titoli recanti la menzione del limite della circolazione può impedire affidamenti incolpevoli e dunque può consentire a chi intenda acquistare azioni di valutare bene i termini dell'acquisto e le sue conseguenze. Una pronuncia del Tribunale Como, 21 dicembre 1998, ha evidenziato come *“L'iscrizione nel libro soci di una s.p.a. costituisce condizione necessaria per esercitare alcuni diritti accessori di natura economica (quali il diritto d'opzione), nonché per l'accesso ai fondamentali strumenti di controllo dell'attività sociale, quali il diritto di impugnazione delle delibere assembleari ed il diritto di denuncia ex art. 2409 c.c. “*

4. L'esperibilità del rimedio cautelare

Nell'esame del caso qui prospettato, sono apparsi sin da subito sussistenti tutti i requisiti propri della tutela cautelare ed in particolare il pregiudizio imminente ed irreparabile al diritto del Trustee a vedersi iscrivere nel libro soci della società, a seguito della girata azionaria.

La tutela cautelare atipica è in grado di svolgere una funzione preventiva, impedendo che la violazione solo minacciata si realizzi effettivamente e che la continuazione del fatto lesivo produca o continui a produrre danni irreparabili. Il pregiudizio, di conseguenza, deve essere idoneo a minacciare o ledere il diritto con carattere d'irreparabilità, con la conseguente possibile assicurazione in via provvisoria e cautelare degli effetti che dovrebbero essere assicurati nella fase di merito (si confronti Cassazione Civile 20 gennaio 1997, n.551).

La giurisprudenza di merito si è più volte espressa in ordine all'esercizio dell'azione cautelare quando si discuta della legittimità del rifiuto da parte di una società di provvedere ad un atto dovuto in presenza dei presupposti di legge.

In tale senso si è espresso anche il Tribunale Como con la sentenza in data 21 dicembre 1998, emessa tra le parti *Carugo C. Soc. FLAM ind. Serrature* in Giur. it. 1999, 1449, secondo cui: ***“Sussistono i requisiti per la tutela processuale in via d'urgenza in favore dell'acquirente di azioni a cui la società neghi l'iscrizione nel libro soci per motivi inerenti alla validità o efficacia sostanziale del suo acquisto”***.

Successivamente si è espressa in tal senso Trib. Napoli con la sentenza 17.07.2003, (pres. Frallicardi) secondo cui il ricorso alla tutela d'urgenza ex art.700 c.p.c. per l'iscrizione nel libro soci del trasferimento

della quota di S.r.l. può essere dato quando si discuta della legittimità del rifiuto da parte della società di provvedere ad un atto dovuto in presenza dei presupposti di legge. Va considerato che prima dell'iscrizione nel libro soci, l'acquirente non ha né può avere tale "qualità", non può essere chiamato o tenuto a partecipare ad atti di gestione sociale "pro socio", né può dolersi dello svolgimento di atti sociali contrari ai propri convincimenti, ma può, ovviamente, dolersene col proprio alienante, nei limiti e termini dell'atto di cessione. Ad ogni buon conto, peraltro, si può condividere il principio esposto in giurisprudenza che *"la legittimazione all'esercizio dei diritti e la sottoposizione agli obblighi sociali dipende dall'annotazione nel libro soci e solo da essa, e tale annotazione è subordinata esclusivamente all'esibizione di un titolo formalmente idoneo a trasferire la titolarità della quota e al suo deposito per l'iscrizione nel registro imprese"* (Trib. Bologna 22 marzo 2000, G.I. Dallacasa - Castellari c. Micron Welding s.r.l. - in *Le società*, 2000, 1466).

Anche una recente pronuncia del Tribunale di Milano, sez. specializzata in materia di Imprese "B" – ordinanza del 17 dicembre 2012, ha dichiarato l'ammissibilità di un procedimento cautelare poiché, secondo il Tribunale meneghino, *"Sussiste un rapporto di strumentalità tra la richiesta avanzata ex art. 700 c.p.c. e il giudizio di merito che parte ricorrente intende introdurre per ottenere in via di cognizione ordinaria la condanna ad un facere (la trascrizione e annotazione nel libro soci del trasferimento delle azioni numero 1, e 2 della Milan Mall di cui si assume titolare) che qui è chiesta in via di tutela anticipata"*.

Nel caso in esame, come ampiamente esposto si era perfezionata la girata azionaria a favore del Trustee, con conseguente diritto dello stesso a vedersi legittimamente iscrivere nel libro soci della società.

5. Sussistenza dei presupposti per la concessione della richiesta tutela cautelare

Appaiono evidenti nel caso di specie la sussistenza dei requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*: quanto al primo requisito, si sottolinea che, in presenza di una clausola (art.7 dello statuto) che espressamente si riferisce alla "vendita" si deve concludere che la clausola prevista dallo statuto della società presupponga che il trasferimento **avvenga quanto meno a titolo oneroso e, probabilmente, a fronte di un corrispettivo fungibile**. Di conseguenza l'istituzione in trust non è compatibile con la fattispecie **e nella fattispecie in esame non sorge in alcun modo il diritto alla prelazione**. Quanto al secondo requisito, ovvero il *periculum in mora*, la prolungata attesa della definizione dell'iscrizione a libro soci impedisce al socio di poter correttamente esercitare i propri diritti, con conseguente lesione della propria sfera personale e patrimoniale.

Risulta quindi del tutto illegittima la posizione assunta dalla società in merito alla mancata iscrizione del Socio, ovvero il Trustee.

6. La soluzione del caso concreto.

Il Tribunale quindi, operando una corretta interpretazione della citata clausola, porta ad escludere che il trasferimento in questione rientri nella prelazione statutaria. **La clausola si riferisce espressamente, nel suo inequivoco e insuperabile tenore letterale, alle sole ipotesi di vendita delle azioni, ossia ad un negozio traslativo caratterizzato da onerosità e fungibilità dell'acquirente, prevedendo così**

unicamente la cd. prelazione propria, connotata, secondo la ricostruzione della dottrina, dalla parità di condizioni. In detta ipotesi non può dunque evidentemente rientrare il conferimento in trust, trattandosi di un trasferimento privo di corrispettivo e avente una sua causa propria, estranea alla vendita. Né può ammettersi, come invece preteso dalla società convenuta, un'interpretazione estensiva della clausola di prelazione, poiché, derogando quest'ultima al principio della libera circolazione delle azioni, che connota precipuamente il tipo societario della società per azioni (cfr., per le differenze di regime rispetto alle srl, gli artt. 2355 e 2469 ce), va interpretata restrittivamente, ricomprendendovi solo le ipotesi espressamente previste. L'applicazione anche ai negozi a titolo gratuito o con prestazioni infungibili (ed. prelazione impropria) avrebbe dunque richiesto una espressa previsione e regolamentazione statutaria (cfr., sul punto, Cass. n. 93/ 1981). Da ultimo, non può condividersi neppure la tesi della resistente secondo cui dovrebbero in subordine applicarsi le altre disposizioni del citato art. 7 dello statuto, che prevedono limiti ulteriori per l'ipotesi di costituzione di vincoli sulle azioni o di loro trasferimento *mortis causa* (cfr. statuto cit.). E' infatti evidente che con il conferimento in trust si è verificato un vero e proprio trasferimento *inter vivos* della proprietà delle azioni, avente natura diversa sia dalla mera costituzione di vincoli che e dalla vicenda successoria a causa di morte di un socio.

Sussistendo altresì il *periculum in mora*, dovendosi con urgenza ovviare alla perdurante opposizione della Società resistente, che, pacificamente, impediva a In Media Trust srl l'esercizio di qualsivoglia diritto sociale ed il rifiuto all'iscrizione nel libro soci, in accoglimento del ricorso il Tribunale ordinava alla resistente di procedere alla immediata annotazione nel libro dei soci del trasferimento della partecipazione azionaria. Le spese seguivano la soccombenza.

Avv. Matteo Pettinari

Prof. Avv. Maurizio Lo Gullo

Avv. Marialuisa Brizzolari