



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO
OTTAVA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. ELENA RIVA CRUGNOLA
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado iscritta al n. r.g. **17418/2010** promossa da:

DEA PARTECIPAZIONI SPA (C.F. 02196560037), con il patrocinio degli avvocati FRANCESCO DENOZZA, ALBERTO TOFFOLETTO (TFFLRT60E06F205C) e GIUSEPPE LABIANCA del foro di Milano, ALBERTO FORNARI del foro di Parma; elettivamente domiciliata in VIA AGNELLO, 12 20121 MILANO presso lo studio dei difensori milanesi "NCTM Studio Legale Associato";

ATTRICE

contro

SOPAF SPA (C.F. 05916630154), con il patrocinio degli avvocati MATTEO GARIBOLDI e PAOLO NICOLETTI; elettivamente domiciliata in VIA DELLA POSTA, 8 20123 MILANO presso i difensori;
CONVENUTA

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come da fogli allegati al verbale d'udienza di precisazione delle conclusioni del 3 maggio 2011, del seguente tenore:

per l'attrice:

"Voglia l'Ill.mo Tribunale adito, disattesa ogni contraria istanza, eccezione e deduzione (anche istruttoria), previo ogni più opportuno accertamento e/o declaratoria, sia di rito sia di merito, così giudicare:

A) In via principale,

1) accertare che SOPAF S.p.A. si è resa inadempiente agli obblighi assunti in base al contratto concluso con DE AGOSTINI INVEST S.A. (ora DEA PARTECIPAZIONI S.P.A.) in data 1° agosto 2007, così come emendato dall'accordo inter partes del 23 giugno 2008, tanto con riferimento all'impegno di procurare il trasferimento della partecipazione, quanto con riferimento all'obbligo di garantire il versamento e pagare comunque all'attrice un importo corrispondente al Prezzo Base calcolato secondo i criteri previsti dai suddetti accordi;
e

2) condannare SOPAF S.P.A. a pagare a DEA PARTECIPAZIONI S.P.A. il Prezzo Base determinato secondo i criteri di cui all'Accordo stipulato tra DEA PARTECIPAZIONI S.P.A. e SOPAF S.P.A. il 1° agosto 2007 così come emendato dall'accordo inter partes del 23 giugno 2008, e quantificabile, allo stato, tenuto conto degli interessi maturati al 30 aprile 2011 e dell'aumento di capitale deliberato dalla Società in data 17 dicembre 2009 e versato da DEA PARTECIPAZIONI S.P.A. in conto futuro aumento di capitale in data 2 marzo 2010, in Euro 38.385.644,32, oltre agli interessi dal 30 aprile 2011 fino al momento dell'effettivo pagamento e con riserva di aggiornamento del Prezzo Base in corso di causa per effetto della sua modificazione in applicazione delle regole contrattuali.

B) In via subordinata

3) accertare che SOPAF S.p.A. si è comunque resa inadempiente agli obblighi assunti in base al contratto concluso con DE AGOSTINI INVEST S.A. (ora DEA PARTECIPAZIONI S.P.A.) in data 1° agosto 2007, tanto con riferimento all'impegno di procurare il trasferimento della partecipazione, quanto con riferimento all'obbligo di garantire il versamento e pagare comunque all'attrice un importo corrispondente al Prezzo Base calcolato secondo i criteri previsti dal suddetto accordo del 1° agosto 2007;

4) condannare SOPAF S.P.A. a pagare a DEA PARTECIPAZIONI S.P.A. il Prezzo Base determinato secondo i criteri di cui all'Accordo stipulato tra DEA PARTECIPAZIONI S.P.A. e SOPAF S.P.A. il 1° agosto 2007 e quantificabile, allo stato, tenuto conto degli interessi maturati al 30 aprile 2011, in Euro 24.473.658,55, oltre agli interessi da tale data fino al momento dell'effettivo pagamento.

C) In via ulteriormente subordinata

5) condannare SOPAF S.P.A. ad adempiere il contratto preliminare di vendita della partecipazione DEA PARTECIPAZIONI S.P.A. in BPL NET (ora BNI) e pertanto a sciogliere la riserva in ordine all'eventuale nomina del terzo ex art. 1401 c.c. ai fini del trasferimento della partecipazione di DEA PARTECIPAZIONI S.P.A. in BPL NET e ad adottare tutte le misure e i comportamenti necessari perché DEA PARTECIPAZIONI S.P.A. possa validamente trasferire tale partecipazione a SOPAF S.P.A. o al soggetto da essa designato; e

6) condannare SOPAF S.P.A. a pagare a DEA PARTECIPAZIONI S.P.A. il Prezzo Base determinato secondo i criteri di cui all'Accordo stipulato tra DEA PARTECIPAZIONI S.P.A. (all'epoca, DE AGOSTINI INVEST S.A.) e SOPAF S.P.A. il 1° agosto 2007 così come emendato dall'accordo inter partes del 23 giugno 2008 quale corrispettivo, da versarsi in via anticipata, del trasferimento della partecipazione detenuta da DEA PARTECIPAZIONI S.P.A. in BPL NET (ora BNI) a SOPAF S.P.A. o a persona da questa designata, e quantificabile, allo stato, tenuto conto degli interessi maturati al 30 aprile 2011 e dell'aumento di capitale deliberato dalla Società in data 17 dicembre 2009 e versato da DEA PARTECIPAZIONI S.P.A. in conto futuro aumento di capitale in data 2 marzo 2010, in Euro 38.385.644,32, oltre agli interessi dal 30 aprile 2011 fino al momento dell'effettivo pagamento e con riserva di aggiornamento del Prezzo Base in corso di causa per effetto della sua modificazione in applicazione delle regole contrattuali; ovvero, in subordine, condannare SOPAF S.P.A. a pagare a DEA PARTECIPAZIONI S.P.A. il Prezzo Base determinato secondo i criteri di cui all'Accordo stipulato tra DEA PARTECIPAZIONI S.P.A. e SOPAF S.P.A. il 1° agosto 2007 quale corrispettivo, da versarsi in via anticipata, del trasferimento della partecipazione detenuta da DEA PARTECIPAZIONI S.P.A. in BPL NET (ora BNI) a SOPAF S.P.A. o a persona da questa designata, e quantificabile, allo stato, tenuto conto degli interessi maturati al 30 aprile 2011, in Euro 24.473.658,55, oltre agli interessi da tale data fino al momento dell'effettivo pagamento;

7) accertare che DEA PARTECIPAZIONI S.P.A. si è resa disponibile a cedere e/o a trasferire a SOPAF o a persona da essa designata la propria intera partecipazione nel capitale sociale di BANCA NETWORK INVESTIMENTI S.p.A., in conformità alle indicazioni che SOPAF S.p.A. avrebbe dovuto fornire in base al contratto concluso tra le parti in causa in data 1° agosto 2007, così come emendato nella determinazione del Prezzo Base dall'accordo inter partes del 23 giugno 2008.

D) In via di estremo subordine

8) condannare SOPAF S.p.A. al risarcimento di tutti i danni subiti da DEA PARTECIPAZIONI S.P.A. in conseguenza dell'inadempimento contrattuale imputabile alla convenuta da determinarsi in misura pari al "Prezzo Base" calcolato secondo i criteri convenuti inter partes nell'accordo del 23 giugno 2008, corrispondente al valore indicato nella domanda sub A), con riserva di aggiornamento in corso di causa per effetto della sua modificazione in applicazione delle regole contrattuali; ovvero, in subordine, da determinarsi in misura pari al "Prezzo Base" calcolato secondo i criteri di cui all'Accordo del 1° agosto 2007, corrispondente al valore indicato nella domanda sub B); eventualmente decurtato del residuo valore della partecipazione di DEA nel capitale sociale di BNI al momento della liquidazione del danno o come accertato in corso di causa, tenuto altresì conto delle concrete possibilità di cessione della partecipazione in considerazione della natura e del contenuto degli obblighi assunti da SOPAF e rimasti inadempiti.

E) In ogni caso

9) condannare SOPAF S.p.A. al pagamento degli interessi legali e della rivalutazione monetaria a titolo di maggior danno ex art. 1224 secondo comma c.c., dalla data del 30 aprile 2009, ovvero da quella del 30 settembre 2009 o dalla domanda giudiziale, fino al saldo e calcolati sull'importo capitale come sopra riconosciuto, nonché al risarcimento di tutti i danni subiti da DEA PARTECIPAZIONI S.P.A. a titolo di lucro cessante in quanto derivati e/o derivanti dall'indisponibilità del corrispettivo per la cessione delle azioni

BANCA NETWORK INVESTIMENTI S.p.A. ovvero della somma calcolata secondo i criteri richiamati sub D) in quanto eccedenti gli interessi e la rivalutazione monetaria;

10) condannare SOPAF S.p.A. al pagamento a favore di DEA PARTECIPAZIONI S.P.A. di spese, diritti ed onorari di causa;

F) in via istruttoria

- dichiarare inammissibili e/o irrilevanti e comunque rigettare tutte le istanze istruttorie avversarie;
- in via subordinata, e nella sola denegata ipotesi in cui l'Ill.mo Giudice dovesse disporre la CTU richiesta da controparte, si insiste per i quesiti formulati nella nostra memoria ex art. 183, comma 6, n. 3, c.p.c."

per la convenuta:

"Sopaf S.p.A., come sopra rappresentata e difesa, rimandando a tutti i precedenti scritti difensivi e senza accettare il contraddittorio su qualsiasi domanda introdotta successivamente alla data dell'avversaria citazione, confida nell'accoglimento delle seguenti

CONCLUSIONI

Piaccia all'Ill.mo Tribunale adito, disattesa ogni contraria istanza ed eccezione e previo ogni accertamento e declaratoria del caso, così giudicare.

Nel merito

- in principalità, accertare la nullità della Lettera, come definita negli atti di causa, e dei relativi impegni per tutti i motivi indicati in narrativa o risultanti in causa;
- in subordine, per la contestata ipotesi in cui non si ritenesse nulla o comunque invalida la Lettera e quindi gli impegni in essa contenuti, dichiarare risolti tali impegni, ed in particolare quello di acquisto al Prezzo Base per eccessiva onerosità sopravvenuta, ai sensi dell'art. 1467 c.c.;
- rigettare quindi tutte le domande avversarie, in quanto infondate in fatto e in diritto, in ogni caso con vittoria di spese, diritti e onorari di giudizio.

In via istruttoria

- assumere prova testimoniale sui seguenti capitoli:

1. Vero che le condizioni finali d'acquisto delle azioni BNI da parte dei partecipanti alla cordata (DEA compresa) non si sono modificate negli elementi essenziali nel corso delle trattative con il Banco Popolare rispetto a quelle inizialmente previste.
2. Vero che nel corso di tutte le trattative per l'acquisto delle azioni BNI, DEA ha partecipato in prima persona, manifestando interesse all'operazione e proponendo essa stessa diverse previsioni contrattuali.
3. Vero che sin dall'inizio delle trattative tra i partecipanti alla cordata per l'acquisto delle azioni BNI, oltre a Sopaf e DEA c'era anche AVIVA, uno dei principali operatori europei nel mercato assicurativo.
4. Vero che la Lettera è stata sottoscritta dopo e non prima della firma del contratto con il quale DEA e gli altri partecipanti alla cordata si erano già impegnati ad acquistare dal Banco Popolare la partecipazione in BNI.
5. Vero che gli schemi di conto economico e stato patrimoniale per gli esercizi 2007, 2008 e 2009 contenuti nel doc. 3 prodotto da Sopaf sono estratti dai bilanci ufficiali di BNI senza alcuna modificazione.

Si indicano a teste, con riserva di modificare e integrare la lista, sui capitoli 1, 2 e 3 l'avv. Giovanni Nicchiniello, all'epoca general counsel del gruppo Sopaf e il dott. Daniele Muneroni, c.f.o. di Sopaf; sui capitoli 1, 2, 3, 4 e 5 il dott. Giorgio Magnoni, amministratore delegato di Sopaf; sul solo capitolo 5 la dott.ssa Vanessa Casagrande, responsabile affari legali e societari di Sopaf.

- disporre una consulenza tecnica d'ufficio volta ad accertare (i) la sostanziale sproporzione oggi esistente tra il valore della Partecipazione DEA, come definita negli atti di causa, e il prezzo per essa previsto negli accordi di cui è causa; (ii) che detta sproporzione è stata determinata dalle perdite accumulate da BNI nel corso degli esercizi dal 2007 in avanti; (iii) che l'entità di dette perdite era del tutto imprevedibile al momento della sottoscrizione della Lettera (1 agosto 2007); (iv) che dette perdite imprevedibili sono state conseguenza del mutamento delle condizioni generali dei mercati finanziari su cui opera BNI a seguito del c.d. credit crunch, evento imprevedibile al momento della sottoscrizione della Lettera."

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

La società attrice DEA PARTECIPAZIONI SPA (d'ora in avanti anche solo DEA), in relazione (i) al patto/accordo sottoscritto con la convenuta SOPAF SpA (d'ora in avanti anche solo SOPAF) in data 1 agosto 2007, come modificato dall'accordo in data 23 giugno 2008, attraverso il quale si prevedeva, tra l'altro, *"l'impegno della convenuta di procurare la cessione dell'intera Partecipazione DEA"* (in BANCA BIPIELLE NET SPA, d'ora in avanti anche BPL NET, oggi BANCA NETWORK INVESTIMENTI SPA, d'ora in avanti anche BNI) *"ad un prezzo non inferiore a quello che DEA avrà corrisposto con l'acquisto"*, e in relazione (ii) alla volontà espressa dell'attrice di esercitare tale diritto di "put", ha domandato:

➤ **in via principale:**

- l'accertamento che la convenuta si è resa inadempiente agli obblighi assunti in base al suddetto patto;
- la condanna di SOPAF al pagamento dell'importo corrispondente al *"Prezzo Base calcolato alla data del pagamento"* secondo i criteri convenuti *inter partes*;
- la condanna di SOPAF al pagamento dell'importo che *"DEA eventualmente abbia erogato per sottoscrivere pro quota l'aumento di capitale deliberato in data 17 dicembre 2009"*;

➤ **in via subordinata:**

- la condanna di SOPAF ad adempiere il contratto preliminare di vendita della partecipazione DEA in BPL NET (ora BNI) e pertanto a sciogliere la riserva in ordine all'eventuale nomina del terzo ex art.1401 cc;
- la condanna di SOPAF al pagamento dell'importo corrispondente al *"Prezzo Base calcolato alla data del pagamento"* secondo i criteri convenuti *inter partes*, quale corrispettivo, da versarsi in via anticipata, della partecipazione DEA;

➤ **in via ulteriormente subordinata:**

- la condanna della stessa convenuta al *"risarcimento del danno subito in conseguenza dell'inadempimento contrattuale imputabile alla convenuta da determinarsi in misura pari al 'Prezzo Base' calcolato secondo i criteri convenuti inter partes"* con l'accordo DEA/SOPAF;

➤ **in ogni caso:**

- la condanna di SOPAF al pagamento degli interessi legali e della rivalutazione monetaria a titolo di maggior danno ex art. 1224 secondo comma cc;
- la condanna di SOPAF al risarcimento di tutti i danni subiti da DEA a titolo di lucro cessante in quanto derivati e/o derivanti dall'indisponibilità del corrispettivo per la cessione delle azioni della Banca;
- la condanna di SOPAF al pagamento di spese, diritti ed onorari di causa.

La società convenuta SOPAF ha contestato *in toto* le prospettazioni avversarie, rilevando come il patto/accordo, così come sottoscritto con la Lettera in data 1 agosto 2007 e così come poi modificato in data 23 giugno 2008, sia da ritenere nullo o, alternativamente, risolto ai sensi dell'art.1467 cc.

In particolare, sussisterebbe la nullità del patto in quanto:

- gli impegni in esso contenuti sono in *"contrasto con l'art.2265 cc o quantomeno con i principi che esso esprime (divieto del patto leonino)"*;
- tali impegni, da considerare unilaterali, sono estremamente gravosi per il promittente (SOPAF) e di evidente interesse solo per DEA e di conseguenza sarebbero nulli per mancanza di causa

ovvero sarebbero da qualificare quali promesse unilaterali non vincolanti ai sensi dell'art.1987 cc;

- il Prezzo Base cui il patto/accordo fa riferimento comprendeva, oltre al prezzo inizialmente corrisposto da DEA, anche ogni versamento a patrimonio netto che DEA avesse effettuato in favore di BNI, oltre interessi convenzionali (Euribor a sei mesi più 200 *basis points*) dal versamento al saldo: talché l'impegno di SOPAF al pagamento del Prezzo Base deve essere ritenuto nullo
 - per contrasto con i principi sanciti dall'art.1938 cc e
 - per essere la determinazione del suddetto Prezzo lasciata alla mera potestà di DEA, vista la sua libertà di incrementarlo, attraverso proprie scelte di investimento;
- il contenuto dell'accordo è da ritenersi "*indeterminato e per alcuni versi, illecito o impossibile*", in quanto:
 - le garanzie che DEA avrebbe dovuto rilasciare in relazione a BNI –in caso di cessione a terzi– non vengono specificate (pur costituendo un elemento centrale del contratto di compravendita) e
 - –sempre nell'ottica di cessione– contestualmente al pagamento del Prezzo Base da parte di SOPAF (o del terzo acquirente), DEA doveva trasferire a SOPAF (o al terzo), la partecipazione DEA o, alternativamente, "oneri e benefici" di detta partecipazione, tale previsione originando vari profili di indeterminatezza dell'obbligazione nonché di illiceità o quantomeno di impossibilità della stessa, sia relativamente all'individuazione della parte cui spetta la scelta di tale alternativa (partecipazione-oneri e benefici) sia riguardo al significato da dare agli "oneri e benefici" di cui all'accordo.

SOPAF ha poi eccepito, in via subordinata, l'intervenuta risoluzione per eccessiva onerosità –ai sensi dell'art.1467 cc– degli impegni previsti nell'accordo, atteso che: "*oggi BNI ha una consistenza patrimoniale e finanziaria, e di conseguenza un valore, completamente e inaspettatamente diversi da quelli che si poteva prevedere al momento del rilascio della Lettera, per le relevantissime perdite conseguenti all'alterazione della situazione generale (iniziata con il c.d. credit crunch e con i noti fallimenti di grandi istituzioni finanziarie)*".

All'esito dell'ulteriore contraddittorio scritto ex art.183 cpc sesto comma, nel quale in particolare DEA ha contestato le avversarie prospettazioni di nullità e di eccessiva onerosità sulla base di plurimi rilievi, nonché dello scambio delle difese conclusionali (disposto dal g.i. senza dare ingresso alle attività istruttorie richieste in particolare dalla convenuta), va in primo luogo esaminata la questione (assorbente, nel merito, rispetto a tutte le altre) relativa alla **nullità delle pattuizioni** poste a base delle domande dell'attrice per contrasto con il **divieto di c.d. patto leonino ex art.2265 cc**, divieto che, come è noto, comporta la nullità del "patto con il quale uno o più soci sono esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite".

Al riguardo va premesso che i termini di fatto della questione (come ampiamente illustrati negli atti difensivi cui può farsi in questa sede rinvio) sono sostanzialmente pacifici tra le parti, essendo incontroverso tra le stesse:

- che all'esito di una prima fase di negoziazione rimasta infruttuosa in dipendenza della mancata autorizzazione della BANCA D'ITALIA (cfr. l'illustrazione di cui a pagg. 13/16 della comparsa conclusionale dell'attrice),
- gli accordi oggi in discussione e di cui alla *Lettera* 1.8.2007 (cfr. doc.1 attrice) sono stati stipulati tra SOPAF e DEA quali soggetti portatori la prima di "*un interesse industriale di medio/lungo periodo*" e la seconda di "*un interesse di natura finanziaria*" (cfr. pagg. 21 e 24 ancora della comparsa conclusionale di DEA) rispetto alla complessiva operazione di acquisizione del capitale

di BPL NET (anche) tra di loro regolata dal "*Contratto di compravendita di partecipazione azionaria*" stipulato sempre l'1.8.2007 (cfr. doc.1 attrice);

- che, in particolare, secondo l'attrice (cfr. pagg. 32/33 sempre della comparsa conclusionale dell'attrice), la convenuta SOPAF, quale capofila dell'operazione, ha avuto ben presente la "*assoluta necessità di accreditarsi presso la stessa autorità di vigilanza affiancando nell'impresa un socio reputato affidabile quanto a capacità finanziaria*" e, in vista di tale proprio interesse, si è risolta ad "*assumere su di sé l'impegno di garantire a DEA*" (il cui interesse verso l'operazione era scemato in conseguenza dell'andamento della negoziazione, cfr. espressamente sul punto il quartultimo alinea della prima pagina della Lettera 1.8.2007) "*una possibilità di uscita senza oneri, impegnandosi in tal senso*" attraverso la previsione nella Lettera 1.8.2007 dell'opzione *put* a favore di DEA a prezzo predefinito e pari al costo per DEA dell'intero investimento (maggiorato di interessi convenzionali).

Secondo la prospettazione della **convenuta** appunto tale pattuizione contrasterebbe dunque con il divieto di patto leonino di cui all'art.2265 cc, posto che (cfr. pag.9 comparsa conclusionale) "*la Lettera copre DEA da qualsiasi rischio di perdita poiché, indipendentemente dai risultati della partecipata, le garantisce la facoltà di cedere la partecipazione ad un valore pari al prezzo Base, e quindi pari a tutto quanto dalla stessa DEA pagato o conferito nella banca, oltre interessi convenzionali*", risultando poi "*la copertura delle perdite costante, poiché la Lettera assicura il completo ritorno dell'investimento da quando l'investimento è stato fatto sino al momento dell'uscita*" nonchè "*incondizionata, poiché dipende solo dalla volontà di DEA di far valere il suo diritto di vendita, senza che l'esercizio di detto diritto sia subordinato ad alcunché*", così realizzandosi quella "*deresponsabilizzazione*" del socio "leone" che il principio espresso dal divieto di cui all'art.2265 cc mira ad evitare, come messo in luce in particolare dal (più recente) precedente di legittimità di cui a Cass. 29.10.1994 n.8927 (cfr. sul punto anche il parere *pro veritate* prodotto dalla convenuta sub 1)

A tale prospettazione l'**attrice** ha replicato richiamando un parere accademico contrapposto a quello avversario (cfr. doc.25) e rilevando (cfr. pagg. 34 e ss comparsa conclusionale):

- l'estraneità della pattuizione di cui alla Lettera alla "*dimensione sociale del rapporto*", trattandosi in realtà di "*un mero contratto di scambio, pienamente lecito se solo si considera che ciascun socio può benissimo rendere oggetto di negoziazione quelle stesse posizioni soggettive che gli derivano dal suo status socii*";
- la necessità di una interpretazione riduttiva della nullità ex art.2265 cc,
 - sia riferendola "*allo specifico e ristretto ambito del rapporto sociale*",
 - sia evitando comunque di trasportarla -dal settore delle società di persone per il quale solo è esplicitamente dettata- al diverso settore delle società di capitali, ove fenomeni di dissociazione tra esercizio dei poteri del socio e titolarità della partecipazione sono oggi specificatamente regolati (cfr. l'ipotesi del voto del creditore pignoratizio ex art. 2352 cc), con la conseguenza della non configurabilità di una sorta di protezione assoluta del collegamento tra "*la partecipazione alla società e l'assunzione del corrispondente rischio d'impresa*";
- in ogni caso, la necessità di lettura dei patti controversi quali comportanti non tanto la "*esclusione del rischio perdite*" ma il trasferimento di tale rischio, nel quadro di un complessivo equilibrio degli interessi dei due soci, così realizzando i patti una "*autonoma funzione meritevole di tutela*" di per sé idonea ad escludere l'illiceità della convenzione, secondo l'insegnamento di Cass. n.8927/1994 (cfr. in particolare pag.15 della replica conclusionale).

Rispetto a tali contrapposte posizioni reputa il Tribunale sia **fondata l'eccezione di nullità** illustrata dalla convenuta, posto che:

- da un lato risulta **condivisibile l'orientamento già espresso da Cass. n.8927/1994** quanto alla rilevanza del principio ex **art.2265 cc** anche nel settore delle **società di capitali** e anche in relazione a **patti tra soci estranei allo statuto sociale** ma comunque comportanti l'effetto leonino cui solo risultino diretti;
- d'altro lato, poi, **nel caso di specie**, indiscusso il carattere costante e incondizionato della esclusione di DEA dal rischio di perdite della partecipata, **non pare ravvisabile alcuna specifica autonoma funzione dei patti in discussione meritevole di tutela**, gli stessi patti risolvendosi invece in una sorta di "illimitata" garanzia rilasciata da SOPAF circa il deprezzamento dell'apporto di capitale eseguito da DEA nella partecipata, *id est* nell'assicurare a DEA una posizione (non già di socio di capitale ma) analoga a quella di mero finanziatore di BPL NET pur figurandone socia.

Quanto al primo punto, pare utile, viste le diverse letture del precedente fornite dalle parti, riportare i brani significativi della motivazione della sentenza del 1994 fin qui citata ¹:

*"Occorre puntualizzare in linea di diritto che **il precetto vincolante dell'art. 2265 c.c., indubbiamente estensibile a tutti i tipi sociali in quanto attinente alle condizioni del tipo "contratto società"**, è, secondo la fattispecie derivante dalla norma, caratterizzata da due situazioni, e cioè:*

a) il patto leonino nullo sussiste quanto un socio viene escluso, in via alternativa, da "ogni" partecipazione agli utili o alle perdite, ed a maggior ragione quando venga escluso da entrambe le forme di partecipazione indicate;

b) il patto, in via di normalità, costituisce parte del contratto sociale, individuando la posizione di un socio nell'ambito societario e nella compagine sociale.

In ordine alla caratteristica sub a), di conseguenza, il patto leonino non caratterizza la posizione di un socio che pur possa partecipare alle perdite ed agli utili, in misura non coerente all'entità delle azioni possedute; la mancata rispondenza, nell'entità percentuale rispetto al capitale sociale, tra poteri corporativi e diritti o rischi patrimoniali, è situazione che esula dal precetto dell'art. 2265 c.c. ed in esso rientra sol quando la mancata rispondenza tra poteri, da un lato, diritti e rischi dall'altro, riduca questi ultimi a nulla, caratterizzando in tale senso la posizione del socio "leo".

È opportuno ricordare, per il tipo "società per azioni" richiamabile nella specie, la disciplina dell'art. 2351 c.c. che, nella previsione delle azioni privilegiate, raggruppa in modo indifferenziato tutte le azioni munite di diritti patrimoniali maggiorati di quelli normalmente attribuiti dalla partecipazione sociale, lasciando all'autonomia negoziale (statutaria) la determinazione dell'entità e del modo d'essere del privilegio, con l'unico limite dell'art. 2265 c.c. senza che giochi nel sistema un'esigenza di bilanciamento tra la componente patrimoniale e quella amministrativa dell'azione.

È pur vero che quale criterio informatore del sistema, emerge un'esigenza che alla compressione della componente amministrativa debba necessariamente corrispondere un rafforzamento quantitativo di quella patrimoniale (esempio ne sono le azioni a risparmio). Peraltro nel nostro ordinamento quell'esigenza è recepita soltanto quando l'autonomia statutaria interviene a comprimere i diritti amministrativi e, in particolare il diritto di voto; non è vero, però, il contrario (quando alla pienezza dei diritti amministrativi corrisponda una compressione di quelli patrimoniali), in quanto il contenuto patrimoniale dell'azione è modellabile dagli statuti senza alcun vincolo di equilibrio con le altre componenti (come emerge dall'art. 2351 comma 2 c.c. che consente, ma non impone, la limitazione del diritto di voto spettante alle azioni privilegiate), che non sia il patto leonino.

Al fine di individuare la sussistenza, o non, di un patto statutario contrario al precetto dell'art. 2265 c.c. quindi, non è sufficiente individuare uno squilibrio tra poteri corporativi e poteri patrimoniali privilegiati per alcuni soci e compressi per altri (quando i primi non siano a loro volta compressi), ne' assume rilievo una mera graduazione statutaria del rischio di impresa, ma assume rilievo

¹ I neretti e le sottolineature sono dell'estensore.

l'individuazione dell'eliminazione del rischio di impresa, nella duplice, ed alternativa, previsione della esclusione "da ogni partecipazione agli utili o alle perdite".

Ciò che la legge, con il precetto dell'art. 2265 c.c. pone come limite invalicabile all'autonomia statutaria, non è il mancato bilanciamento tra poteri amministrativi e poteri patrimoniali (che pur costituisce l'ipotesi di normalità in base alla disciplina dell'art. 2263), ne' una graduazione della ripartizione dei rischi e degli utili dell'impresa sociale difforme dalla quota di partecipazione sociale, ma l'esclusione in modo assoluto e sostanziale dai rischi della perdita e dal diritto agli utili per alcuni dei soci rispetto ad altri.

Come è stato rilevato in dottrina, rapportando il divieto in questione alla nozione di capitale sociale, la ragione per cui la legge ha imposto non solo la costituzione di un patrimonio sociale, ma anche la formazione ad opera di tutti i soci, è da ricercare nella volontà di rendere tutti i membri del gruppo partecipi del rischio d'impresa conseguente all'attività svolta al fine di garantire, nell'interesse generale, un esercizio avveduto e corretto dei relativi poteri. La possibilità di perdere, infatti, il valore economico rappresentato dal proprio conferimento, dovrebbe costituire un sufficiente stimolo a spingere il socio ad astenersi da operazioni eccessivamente aleatorie ed a prodigarsi per il favorevole esito dell'impresa. Coerentemente con questa impostazione, la legge, vietando l'esclusione dalle perdite ha voluto che il socio fosse partecipe del rischio sociale per ragioni di politica economica, in quanto colui che non partecipasse al rischio, ma solo all'utile, non porterebbe nella formazione della volontà sociale il medesimo interesse degli altri soci, ponendosi in conflitto di interessi rispetto agli stessi che possono sia perdere che guadagnare. In situazione omologa e contraria, l'esclusione dagli utili si ricollega alla necessità di impedire che un socio possa partecipare alla gestione in difetto di interesse alla stessa.

Conseguentemente partecipazione agli utili e partecipazione alle perdite, in relazione al conferimento eseguito, costituiscono elementi essenziali ed inscindibili della partecipazione sociale, differenziando il socio dal semplice associato.

Peraltro, perché il limite all'autonomia statutaria dell'art. 2265 c.c. sussista è necessario che l'esclusione dalle perdite o dagli utili costituisca una situazione assoluta e costante. Assoluta, perché il dettato normativo parla di esclusione "da ogni" partecipazione agli utili o alle perdite, per cui una partecipazione condizionata (ed alternativa rispetto all'esclusione in relazione al verificarsi, o non della condizione) esulerebbe dalla fattispecie preclusiva. Costante perché riflette la posizione, lo status, del socio nella compagine sociale, quale delineata nel contratto di società.

Pertanto, l'esclusione dalle perdite o dagli utili, in quanto qualificante lo status del socio nei suoi obblighi e nei suoi diritti verso la società e la sua posizione nella compagine sociale, secondo la previsione dell'art. 2265 c.c., viene integrata quando il singolo socio venga per patto statutario escluso in toto dall'una o dall'altra situazione o da entrambe. Quando, per contro, sussista una regolamentazione della partecipazione al rischio ed agli utili in misura non coerente al capitale conferito, ci si troverebbe in presenza di espressione di autonomia statutaria nella regolamentazione della partecipazione al rischio, non rientrante nella previsione della nullità in esame. E la regolamentazione del rischio, che esuli "da ogni partecipazione agli utili o alle perdite", può essere anche integrata dalla previsione di ipotesi (purché coerenti ad interessi rilevanti), in cui il socio partecipi ad utili ed a perdite in alternativa ad ipotesi in cui detta partecipazione sia esclusa, e pertanto non integrante una esclusione totale e costante.

Peraltro, tanto ritenuto in linea di principio, si rileva che l'esclusione, oggetto del divieto, deve individuarsi con un riferimento sostanziale alle situazioni giuridiche che dal patto possono derivare, non formale. Pertanto se la previsione di escludere dalle perdite o dagli utili, sia subordinata a limiti tali da rendere la partecipazione alle perdite o agli utili praticamente impossibile, si verterebbe sempre in una convenzione leonina camuffata, soggetta al precetto dell'articolo in esame che ne sanziona la nullità."

"È ovvio, innanzi tutto, che se il patto parasociale avesse la funzione essenziale di eludere il divieto dell'art. 2265 c.c., esso diverrebbe un negozio in frode non meritevole di autonoma tutela ed incorrente a sua volta nella previsione di nullità dell'articolo citato, in quanto, come è stato rilevato in dottrina, se la legge ha sottoposto un rapporto a norme imperative, ed ha imposto degli obblighi ai contraenti, non è certo perché questi debbano rispettarli come parti del contratto sociale, ma possano al tempo stesso contraddirli come terzi.

Diversa, però, potrebbe essere la situazione qualora il negozio costituente patto parasociale, pur contenendo una clausola di esclusione da rischi e da utili che verrebbero caricati agli altri contraenti (i quali siano a loro volta soci), abbia una sua autonoma funzione meritevole di tutela a norma dell'art. 1322 c.c."

Come si rileva dal testo della motivazione, dunque, il precedente che il Tribunale qui condivide riconduce, sulla scorta della dottrina più recente, la *ratio* del divieto di esclusione "assoluta e costante" di un socio dalle perdite alla stessa struttura del contratto di società, ritenendo che la eliminazione "totale" in capo ad uno dei soci del rischio d'impresa venga ad alterare radicalmente tale struttura, in particolare incidendo sulla stessa correlazione rischio/potere tipico della posizione del socio.

E, coerentemente con tale condivisibile impostazione, la nullità ex art.2265 cc, in quanto attinente alle radici sistematiche della disciplina di tutti i fenomeni societari, viene quindi predicata anche rispetto alle società di capitali e anche rispetto ai patti tra soci extrastatutari ma comunque destinati a produrre il medesimo effetto leonino, alterante il meccanismo di svolgimento in comune di attività economica, salvo che lo specifico contenuto di tali patti risulti funzionale ad ulteriori interessi meritevoli di tutela e comunque connessi "*al buon esito dell'andamento dell'impresa sociale*"².

² Così si esprime ancora la motivazione della sentenza n.8927/1994, secondo la quale: "*Si consideri che l'esclusione dalle perdite e (non "o") dagli utili (come si verificherebbe nel caso di specie qualora di ravvisasse il patto leonino nella previsione esaminata sub a)), lascia al socio privilegiato soltanto i poteri corporativi.*

La figura del soggetto che possa disporre di azioni al solo fine di esercitarne i poteri amministrativi, ancorché in relazione ad una funzione meritevole di tutela, non è estranea al nostro ordinamento societario, solché si consideri la fattispecie del pegno di azioni (art. 2352 c.c.), in cui al creditore fruente del pegno spetta il diritto di voto, ancorché la funzione di garanzia dell'obbligazione possa sfumare, assumendo invece funzione essenziale l'attività di controllo esercitabile mediante la partecipazione all'organo deliberante assembleare. Si pensi all'ipotesi del pegno di azioni a garanzia di un credito fatto alla stessa società, partecipata con dette azioni; è evidente che il valore delle azioni non sarà superiore a quello del patrimonio sociale, per cui il credito insoddisfatto verso la società per incapienza patrimoniale non potrà trovare maggiore soddisfazione nella vendita delle azioni, che dello stesso patrimonio sono rappresentative; ciò malgrado la funzione di controllo dell'andamento sociale attraverso l'esercizio del diritto di voto è espressione dell'interesse del creditore al buon andamento della società, ed all'esplicazione di attività societaria per il suo conseguimento, quanto meno ai fini soddisfattori delle sue ragioni creditorie.

Lo stesso risultato, conseguibile mediante il rapporto di costituzione in pegno delle azioni a garanzia di obbligazioni della società partecipata, può perseguirsi in via indiretta, ma ciò malgrado non meno meritevole di tutela, mediante l'acquisizione di azioni (ovviamente dagli altri soci) della società al cui buon andamento economico e funzionale si abbia interesse, e nel contempo privando lo status di socio (mediante contratto parasociale con gli stessi soci alienanti delle azioni), dei poteri e dei rischi patrimoniali; poteri e rischi che permangono negli altri soci contraenti, lasciando persistere per l'acquirente solo i poteri corporativi.

Come in precedenza rilevato, la ragione del divieto dell'art. 2265 c.c., deve ravvisarsi nel fatto che la partecipazione agli utili ed al rischio dell'esercizio dell'impresa costituiscono il migliore incentivo all'esercizio avveduto e corretto dei poteri amministrativi; essi costituiscono, inoltre, nella compagine societaria ed in virtù della funzione del contratto di società, l'unico ed essenziale incentivo all'esercizio, in un senso produttivo, in altro senso non avventato, dei poteri corporativi, e giustificano una scelta di politica legislativa nel senso indicato dall'art. 2265 c.c.

Ciò non toglie che l'esercizio degli stessi poteri possa essere conferito, con un rapporto che presuppone il contatto sociale ma che con esso non si confonde (per l'appunto un contratto parasociale), a soggetti che pur

Ciò posto quanto al primo punto, va poi rilevato, quanto al secondo punto sopra evidenziato, che nel caso di specie non pare ravvisabile la funzionalizzazione del patto parasociale in discussione ad alcun autonomo interesse meritevole di tutela.

Al riguardo va infatti osservato:

- da un lato che, contrariamente a quanto sostenuto dall'attrice e ritenuto da precedenti di merito sul tema ³, il mero richiamo alla natura di "trasferimento di partecipazioni" della opzione *put*

non partecipano alle perdite o agli utili, traggano l'incentivo all'esercizio produttivo, e nel contempo corretto ed avveduto, dei poteri amministrativi, da una serie di interessi rilevanti di altra natura che al buon esito dell'andamento dell'impresa sociale siano connessi.

In tale caso, analogamente a quanto avviene con la costituzione in pegno delle azioni, un contratto parasociale avente una funzione causale autonomamente meritevole di tutela e non volta unicamente alla violazione del disposto dell'art. 2265 c.c., ma espressione di un interesse alla buona gestione dell'impresa, può rientrare in una valutazione di validità, non essendo espressione di quelle ragioni di politica economica che sono alla base del precetto dell'art. 2265 c.c.

Possono giocare in tale senso la funzione di impulso e di controllo che una finanziaria a finalità pubblicistiche, coerente al proprio oggetto sociale ed alla disciplina normativa regionale inerente alla sua istituzione, abbia dedotto come oggetto del contratto parasociale a garanzia dell'impegno, anche finanziario, da essa impiegato per risolvere le sorti di un'impresa ovvero per incentivarne la costituzione e lo sviluppo; gioca in tale senso la deduzione espressa nel contratto parasociale della funzione incentivante allo sviluppo di imprese regionali, rispetto alla quale le responsabilità degli altri soci, aventi funzione preponderante nella determinazione della gestione di impresa, ovvero l'attribuzione a detti soci in via esclusiva degli utili della gestione, costituiscono l'indice di clausole contrapposte penali o premiali, che non qualificano il disinteresse della finanziaria regionale alla gestione dell'impresa, ma che al contrario possono qualificare detto interesse e realizzarlo mediante l'apporto coordinato dell'attività incentivante e finanziaria della società regionale e l'attività gestoria degli altri soci, che ad una buona gestione sono a loro volta indotti proprio dalla funzione di garanzia e promozionale delle clausole penali e premiali.

Non sarebbe sufficiente addurre, quindi, che comunque, l'accollo di tutte perdite da parte degli altri (nel caso che in tale senso volgesse l'indagine sostanziale del giudice del rinvio sul punto indicato sub a) e la riserva agli stessi di tutti gli utili, delineerebbe comunque la mancanza di interesse ad un corretto uso dei poteri amministrativi da parte della Friulia, carenza di interesse che è alla base, come già rilevato, del divieto dell'art. 2265 c.c., potendosi individuare, in senso opposto, che l'esistenza di detto interesse può costituire l'oggetto principale dedotto espressamente nel contratto parasociale, delineato attraverso la indicazione di parametri economici da perseguire; potrebbe rilevarsi che l'interesse della società partecipante sul piano finanziario è atto ad assumere tale rilievo da indurre, con clausole penali e premiali, gli altri soci (costituenti la assoluta maggioranza dalla quale dipendeva in modo assoluto la gestione dell'impresa) ad attivarsi utilmente in quella stessa direzione, onde evitare l'adagiarsi in situazioni di comodo assistenzialismo pubblicistico. Una volta quindi ammesso, come la Corte di Trieste ha ammesso, sia pure in via meramente concessiva, che il contratto parasociale esprima una promessa del fatto del terzo, la funzione del negozio parasociale (ancorché comporti in via di ipotesi la sottrazione della Finanziaria regionale dalla partecipazione alle perdite ed agli utili), è tutt'altro che irrilevante, dovendosi accertare se detta sottrazione abbia una finalità meramente elusiva del divieto dell'art. 2265 c.c. (ed in tale caso cadrebbe nella previsione di nullità di detto articolo), ovvero integri una funzione autonomamente meritevole di tutela, validamente deducibile in un contratto distinto dal contratto sociale, ancorché presupponga un contratto sociale, e non in contrasto con le ragioni fondamentali che sono alla base del divieto dell'art. 2265 c.c.. In tale caso, si impone un'analisi particolareggiata devoluta al giudice del merito che, se svolta nel senso delle meritevolezza di tutela della funzione perseguita col singolo contratto, non esclude la validità dello stesso validità che potrebbe essere affermata."

³ Cfr. Tribunale Milano 13.11.2011, in *Le Società* 2011, 11, 1344, nonché Tribunale Cagliari 19.6.2000, in *Riv. Giur. Sarda* 2001, 471 ivi citato.

riconosciuta da SOPAF in favore di DEA nella *Lettera* 1.8.2007 non pare idoneo a sottrarre il contenuto della *Lettera* alla sanzione di nullità ex art.2265 cc,

- posto che il negozio di cessione di azioni, come sottolineato dalla motivazione di Cass. n.8927/1994 sopra riportata, viene qui in gioco appunto quale strumento per la realizzazione dell'effetto vietato dalla legge, vale a dire, per garantire a DEA di non sopportare alcuna perdita dovesse realizzarsi nella partecipata le cui azioni sono oggetto dell'opzione,
- sì che, in sostanza, la natura di scambio del negozio utilizzato per realizzare l'effetto vietato appare irrilevante ai fini della valutazione della sua illiceità quale snodo indispensabile per la realizzazione dell'effetto leonino ⁴;

➤ d'altro lato che, contrariamente a quanto ancora sostenuto dall'attrice, gli accordi di cui alla *Lettera* neppure paiono sottrarsi al divieto ex art.2265 cc in quanto destinati a realizzare -rispetto alla complessiva operazione di acquisizione del pacchetto azionario di BPL NET- un equilibrio tra i due contrapposti interessi di SOPAF (ad acquisire un idoneo *partner* finanziario nella operazione) e di DEA (a partecipare alla operazione garantendosi una sicura possibilità di uscita dall'investimento),

- posto che tale funzione equilibratrice degli accordi si risolve appunto nel raggiungimento di un assetto negoziale complessivo coincidente proprio con l'effetto vietato dalla legge,
- vale a dire la dissoluzione della partecipazione di DEA al capitale di BPL NET in un mero "finanziamento", "garantito" dall'obbligo di acquisto della partecipazione costruito in capo a SOPAF per un prezzo comunque pari agli importi "investiti" da DEA,
- senza che sia possibile ricostruire
 - (a differenza di quanto rilevato sempre da Cass. n.8927/1994 nel caso ivi esaminato, con particolare riferimento agli obblighi istituzionali della società finanziaria regionale in favore della quale era garantito il disinvestimento senza perdite delle somme sborsate per l'acquisto della partecipazione)
- alcuno specifico interesse "*connesso al buon esito dell'andamento dell'impresa sociale*" che le parti abbiano avuto di mira nella regolamentazione controversa e che valga ad elidere la rilevanza nel caso di specie della *ratio* del divieto ex art.2265 cc,
- ed, anzi, dallo stesso testo della *Lettera* 1.8.2007 così come dalla ricostruzione dell'attrice circa la "causa" della stessa, emergendo, come si è già osservato sopra,

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

- sia l'interesse di DEA "*di poter realizzare il proprio investimento anche anticipatamente*" rispetto alle complessive previsioni dell'accordo quadro stipulato tra tutti gli acquirenti della partecipazione in BPL NET,
- sia l'interesse di SOPAF a mantenere presente nella complessiva operazione un socio "*adeguato*" anche rispetto alle valutazioni dell'autorità di vigilanza,
- vale a dire due interessi convergenti proprio rispetto alla realizzazione dell'effetto leonino vietato,
- effetto che nel caso di specie consente in sostanza ad un soggetto -che si assume i soli rischi del finanziatore (tra i quali, tipicamente, il rischio di insolvenza del finanziato ⁵)- di apparire, anche rispetto ai terzi e in particolare rispetto all'Autorità di vigilanza, come socio apportatore di capitale di rischio in senso proprio e di esercitare i relativi poteri ⁶.

Per quanto fin qui detto reputa quindi il Tribunale che nel caso di specie la pattuizione controversa si configuri come elusiva della *ratio* della disciplina ex art.2265 cc in dipendenza di "motivi" dei contraenti non correlati ad interessi di per sé meritevoli di tutela rispetto al complessivo sistema legale, ma anzi volti proprio a conseguire l'assetto precluso alla autonomia privata.

Né a contrastare tale conclusione pare poi al Tribunale possano valere le argomentazioni dell'attrice riecheggianti una più recente dottrina che sottolinea la presenza, in particolare nella vigente disciplina societaria, di varie ipotesi (quali in particolare quelle del pegno, dell'usufrutto e del sequestro giudiziario relativi ad azioni ex art.2352 cc nonché quelle del riporto ex art.1550 cc) nelle quali l'ordinamento riconosce la liceità di una completa scissione tra poteri amministrativi sociali e titolarità della partecipazione nonché dei connessi rischi.

Tali ipotesi, ad avviso del Tribunale, infatti:

- lungi dall'indicare, come sostiene l'attrice, la non ricostruibilità di un principio generale di correlazione potere/rischio,
- rappresentano, più limitatamente, casi nei quali l'ordinamento consente l'esercizio dei poteri amministrativi a soggetto non destinato a subire direttamente i risultati dell'attività sociale,
 - e ciò in considerazione di uno specifico interesse del titolare del diritto di voto (il creditore pignoratorio, l'usufruttuario, il custode giudiziario) ritenuto in via tipica meritevole di tutela in quanto, per usare le parole della sentenza della Cassazione più volte citate, comunque "*connesso al buon esito dell'impresa sociale*",
 - interesse che, invece, né in via tipica né in via atipica, pare rinvenibile nella fattispecie in esame, con conseguente piena operatività del divieto ex art.2265 cc.

Conclusivamente le pattuizioni azionate dall'attrice vanno dichiarate nulle, con conseguente rigetto di tutte le domande di DEA su tali pattuizioni fondate e con assorbimento di tutte le altre domande, eccezioni e questioni.

⁵ L'attrice ha sottolineato che la propria esclusione dalle perdite non sarebbe stata comunque piena, in ogni caso rimanendo a suo carico il rischio di insolvenza di SOPAF, vale a dire del soggetto la cui obbligazione di acquisto in dipendenza dell'opzione *put* a prezzo predefinito "garantisce" la stessa attrice appunto dal non subire alcuna perdita relativa alla partecipazione in BPL NET: tale rilievo non pare determinante, posto che il rischio di insolvenza dell'obbligato alla restituzione è, tipicamente, il rischio del mero finanziatore e non già il rischio del socio.

⁶ Quanto all'ampiezza dei poteri sociali derivanti a DEA dall'acquisto della partecipazione in BPL NET, cfr. in particolare la ricostruzione di cui a pagg. 9/10 della replica conclusionale della convenuta, fondata sul tenore del *Patto parasociale* stipulato il 26.9.2007 tra i soci rappresentanti il 99,63% del capitale di BPL NET (cfr. doc.10 dell'attrice).

Le **spese di lite possono essere interamente compensate tra le parti**, considerata l'opinabilità della questione dirimente, rispetto alla quale non risulta ricostruibile nè un orientamento giurisprudenziale consolidato ⁷ né soluzioni dottrinali univoche.

P.Q.M.

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

1. in accoglimento della relativa domanda della convenuta, dichiara la nullità dell'accordo *inter partes* di cui alla Lettera 1.8.2007 e
2. conseguentemente rigetta le domande dell'attrice;
3. compensa integralmente tra le parti le spese di lite.

Milano, 30 dicembre 2011.

Il Giudice
Elena Riva Crugnola

⁷ Oltre alle contrastanti pronunce di legittimità e di merito fin qui citate cfr. anche: Tribunale Napoli, 10.12.2009, in *Foro It.* 2010, I, 1355, che pare limitare la portata del divieto ex art.2265 cc alla sola ipotesi di clausole statutarie; Lodo arbitrale 15.11.2006, in *Riv. Dir. Impr.* 2007, 205, con il quale gli arbitri hanno invece ritenuto, a maggioranza e con un arbitro dissenziente, la nullità di patti parasociali ex art.2265 cc in un caso analogo a quello qui in esame.