

3271/16 ordine
18997/11 ruolo
1284/16 cronot
reper



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE DI BRESCIA

Sezione Specializzata in materia di Impresa

riunito in camera di consiglio in persona dei giudici:

dr. Stefano Rosa -Presidente
dr. Raffaele Del Porto -Giudice
dr. Vincenza Agnese -Giudice rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al ruolo n. 18997/2011 e vertente

TRA

Ge Capital S.p.a. e Tellus S.r.l., rappresentate e difese in virtù di mandato a margine dell'atto di citazione dagli avvocati Alberto Nanni e Alessandro Villani del foro di Milano, nonché dall'avv. Andrea Finzi presso cui elettivamente domiciliano in Brescia al Corso Vittorio Emanuele II n. 1 (indirizzi di posta elettronica per le comunicazioni: alberto.nanni@pec.gop.it; alessandro.villani@pec.gop.it; andrea.finzi@pec.ordinevocatibrescia.it);

attori

E

Mittel S.p.a. (quale società incorporante Hopa S.p.a. Holding di Partecipazioni Aziendali), rappresentata e difesa in virtù di mandato in calce alla comparsa di costituzione e risposta, dagli avvocati Giuseppe Lombardi del foro di Milano e Gregorio Gitti, presso cui elettivamente domicilia in Brescia alla Piazza della Loggia n. 5 (indirizzo di posta elettronica per le comunicazioni: giuseppe.lombardi@cer.ordineavvocatimilano.it; gregorio.gitti@pec.ordineavvocatibrescia.it)

convenuta

conclusioni: come da verbale di udienza del 16.6.2016

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con atto di citazione ritualmente notificato Ge Capital S.p.a. e Tellus S.r.l. hanno convenuto in giudizio la società Hopa S.p.a. Holding di Partecipazioni Aziendali, chiedendo di *“dichiarare nulla, annullare, revocare e/o comunque dichiarare priva di effetti la deliberazione assunta dalla assemblea straordinaria di Hopa S.p.a. del 13 ottobre 2011, e, in particolare, la deliberazione con la quale è stato approvato il progetto di fusione per incorporazione in Mittel S.p.a. di Thetys S.p.a. e di Hopa S.p.a. in Mittel S.p.a. (...)”, “riservandosi” -per il caso di stipulazione dell’atto di fusione di Hopa S.p.a. in Mittel S.p.a. e di conseguente iscrizione nel registro delle imprese- “di modificare la domanda principale e di chiedere la condanna, previo sempre accertamento, occorrendo anche in via incidentale, dell’invalidità della delibera (...) al risarcimento a favore dei medesimi attori (...) di tutti i danni da ciascuno subiti e subendi a causa dell’esecuzione della delibera impugnata.”*

Nell'atto di citazione le società attrici eccepiscono l'invalidità della delibera impugnata:

1) per violazione degli obblighi informativi di cui all'art. 2501 bis e ss. c.c.; 2) per mancanza di specifiche ragioni economiche per Hopa di essere incorporata in Mittel; 3) per sopravvalutazione del valore economico di Mittel ai fini del rapporto di concambio con le azioni Hopa; 4) in quanto assunta con il voto determinante di Mittel S.p.a. in conflitto di interessi.

Con contestuale ricorso ex art. 2378 c.c. parte attrice ha chiesto la sospensione dell'esecuzione della deliberazione. Si costituiva nell'ambito del subprocedimento cautelare Hopa S.p.a. chiedendo il rigetto del ricorso per carenza di legittimazione attiva delle ricorrenti stante il difetto delle percentuali minime di partecipazioni al capitale sociale di Hopa ex art. 2377, comma 3, c.c. e per infondatezza delle domande nel merito.

Con provvedimento del 28 dicembre 2011, il G.I. assegnatario (all'epoca) del procedimento rigettava la domanda di sospensione della deliberazione impugnata e revocava il provvedimento di sospensione emesso *inaudita altera parte* che aveva sospeso la citata deliberazione, riscontrando un difetto di legittimazione attiva in capo alle ricorrenti in quanto congiuntamente possessori di un numero di azioni pari al 4,66% dell'intero capitale sociale di Hopa S.p.a. In particolare, il G.I. nel provvedimento richiamato evidenziava i problemi di ermeneutica del disposto di cui all'art. 2377 c.c. in riferimento ai criteri di determinazione dei *quorum* ("*non essendo affatto chiaro se i quorum previsti dall'art. 2377 c.c. siano da calcolare con riferimento alle azioni aventi diritto di voto relativamente alla delibera impugnata oppure all'intero capitale sociale*": cfr. ordinanza cit., p. 2).



In data 30.12.2011 veniva stipulato l'atto di fusione con conseguente iscrizione nel registro delle imprese.

Parte attrice –una volta stipulato l'atto fusione- abbandonava la domanda di invalidità della delibera convertendola in domanda di risarcimento dei danni, come dichiarato all'udienza di prima comparizione del 22 marzo 2012 ed argomentato nelle successive memorie ex art. 183 VI comma c.p.c.

Si costituiva nel giudizio di merito Mittel S.p.a. quale società incorporante di Hopa S.p.a. Holding di Partecipazioni Aziendali, eccependo nel merito l'infondatezza delle domande ed –all'esito della formulazione da parte delle attrici della domanda di risarcimento dei danni- l'inammissibilità della medesima in quanto domanda nuova tardivamente formulata.

Nel corso del giudizio veniva disposta –su sollecitazione delle parti- un'ispezione tecnico-contabile volta a verificare la congruità del rapporto di cambio delle azioni Hopa S.p.a. in Mittel S.p.a. nell'ambito dell'operazione di fusione oggetto di causa (ordinanza del 9 novembre 2012).

Dal 19.01.2015 il procedimento veniva assegnato all'attuale giudice istruttore che all'udienza del 16.06.2016 rimetteva la causa al Collegio per la decisione previa concessione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c.

La domanda di annullamento della delibera di approvazione del progetto di fusione è stata proposta da Ge Capital S.p.a. e Tellus S.r.l. in carenza della legittimazione attiva.

Giova, in via preliminare, ricordare che la *legitimatio ad causam* comporta la verifica –anche d'ufficio ed in ogni stato e grado del processo ed in via preliminare al merito– “della coincidenza dell'attore e del convenuto con i soggetti che, secondo la legge che regola il rapporto dedotto in giudizio, sono destinatari degli effetti della pronuncia ri-

chiesta” (cfr., ex plurimis, Cass. Sez. Un. 9.2.2012 n. 1912; Cass. n. 7337/98; Cass. n. 11190/95; Cass. n. 6160/2000; Cass. n. 11284/2010)

Nel caso in esame è pacifico che le società attrici detenevano al momento della proposizione della domanda complessivamente il 4,66% del capitale sociale di Hopa S.p.a.; l’attrice sostiene di essere titolare –tuttavia- del 5,02% del totale delle azioni aventi diritto di voto nell’assemblea la cui deliberazione è oggetto di impugnazione.

L’art. 2377, comma 3, c.c. prevede che l’impugnazione può essere proposta dai soci quando possiedono tante azioni aventi diritto di voto che rappresentino (...) il cinque per cento del capitale sociale. Il Collegio ritiene –conformemente alla dottrina maggioritaria- che i *quorum* indicati nella norma richiamata vadano calcolati prendendo come base il capitale sociale nella sua interezza e non solo quello corrispondente alle azioni aventi diritto di voto con riferimento alla delibera impugnata. La base di riferimento per calcolare la percentuale è costituita dall’intero capitale sociale; mentre, ai fini del raggiungimento della percentuale, si considerano solo le azioni che hanno il diritto di voto sulla delibera impugnata¹.

Questo modo di intendere la lettera della norma è supportato dall’esigenza di consentire che l’impugnazione provenga da portatori di interessi adeguati rispetto alla dimensione patrimoniale dell’impresa e consente al contempo una verifica del *quorum* necessario ai fini della legittimazione più agevole in quanto rapportato al capitale sociale nella sua interezza, senza necessità di ulteriori verifiche al suo interno². Conseguente pertanto la carenza di legittimazione attiva delle società attrici in ordine all’azione di annullamento

¹ L’impugnazione non potrà quindi essere proposta da quei soci che sono titolari –ad esempio- di un numero di azioni pari al 6% del capitale sociale di cui solo il 4% ha il diritto di voto sulla delibera impugnata.

² Cfr. Relazione di accompagnamento del d.lgs. n. 6/2003, p. 13 ove si legge che “per ovviare all’inconveniente, troppe volte manifestatosi nell’esperienza, di impugnative ispirate da intenti meramente ricattatori si è richiesto il possesso di una quota qualificata di capitale sociale per esercitare l’azione di annullamento”.

della delibera con cui Hopa S.p.a. ha approvato il progetto di fusione non potendo assumere alcuna specifica significatività –per i motivi anzidetti- l'allegato possesso del 5,02% delle azione aventi diritto di voto a fronte della detenzione di un capitale complessivo pari al 4,66%.

Come è noto, i soci che non rappresentano la parte di capitale sociale indicata hanno diritto al risarcimento del danno loro cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto.

Tuttavia la relativa azione non risulta ritualmente esperita dagli attori e la domanda di risarcimento dei danni deve essere dichiarata inammissibile.

Invero, l'atto di citazione contiene nelle conclusioni una riserva di modificare la domanda principale e chiedere la condanna al risarcimento dei danni *“per il caso in cui la domanda cautelare (...) non dovesse essere accolta e (...) dovesse essere stipulato l'atto di fusione”*.

Ora, mentre –da un lato- la riserva è del tutto impropria ed inidonea a giustificare l'ammissibilità della domanda nel medesimo processo (attenendo esclusivamente alla permanente vigenza del diritto e dell'azione risarcitori, non rinunciati), dall'altro va rilevato che la “riserva” è proposta in un giudizio che gli attori non erano legittimati ad iniziare e rispetto al quale l'elemento di novità invocato – rigetto del cautelare e stipula della fusione- risulta inconferente rispetto ai presupposti della nuova istanza (difetto di legittimazione attiva)³.

Si consideri peraltro che in data 30 settembre 2011 (e quindi prima dell'introduzione del presente giudizio) GE Capital S.p.a. proponeva altro giudizio cautelare volto ad ottenere

³ La domanda di risarcimento dei danni si sarebbe potuta ritenere validamente formulata qualora proposta, *in via subordinata*, per il caso in cui non fosse stata ritenuta sussistente la legittimazione attiva. Al contrario la domanda di risarcimento è stata proposta, non già in via subordinata, ma “riservandola” nell'ambito di un'azione intrapresa in carenza di legittimazione.

la consegna da parte di Hopa S.p.a. di copia del verbale del consiglio di amministrazione contenente la delibera del progetto di fusione e che nella relativa ordinanza di rigetto veniva già in rilievo la problematica relativa al difetto del quorum necessario ad impugnare la delibera (cfr. doc. n. 8 della produzione di parte convenuta).

Per mero scrupolo -essendo la domanda di nullità solo genericamente formulata- il Collegio evidenzia che i motivi di impugnazione della delibera per cui è causa non si iscrivono nelle fattispecie di nullità tassativamente previste dalla legge riguardando censure relative a carenza degli atti e documenti relativi all'iter procedimentale descritto negli articoli 2501 bis ss. c.c. (asserita mancanza nella relazione degli amministratori della indicazione delle ragioni economiche dell'operazione ed incongruità del rapporto di cambio) ed integranti pertanto violazioni di legge ex art. 2377 c.c.⁴

La causa pertanto poteva essere rimessa dal G.I. -all'epoca assegnatario del procedimento- al Collegio per la decisione senza dare corso alla corposa istruttoria, peraltro sollecitata dalla stessa parte attrice pur in presenza della suindicata questione di legittimazione, già affrontata in due sedi cautelari.

La domanda di risarcimento dei danni va dunque dichiarata inammissibile per i motivi evidenziati.

Le spese, comprensive della fase cautelare, seguono il principio della soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo (causa di valore indeterminabile di particolare rilievo ex art. 5, ultimo comma, D.M. n. 55/2014).

Vanno poste a carico degli attori anche le spese di ctu liquidate con separato provvedimento.

⁴ Si legge nelle Relazione di accompagnamento del d.lgs. n. 6/2003, p. 13 che "si è formulato il principio di tassatività delle ipotesi di invalidità delle deliberazioni assembleari previste dalla legge: la annullabilità per violazione di norme, anche imperative, di legge o di clausole dello statuto, e la nullità nelle ipotesi tassativamente indicate nel nuovo art. 2379".

P.Q.M.

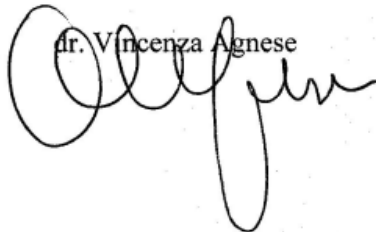
Il Collegio definitivamente pronunciando in merito alla causa r.g. 18997/2011, ogni ulteriore domanda, deduzione ed eccezione respinta, così provvede:

- dichiara l'inammissibilità della domanda di risarcimento danni;
- condanna gli attori, in solido tra loro, al pagamento delle spese di lite a favore di parte convenuta che si liquidano nella misura complessiva di euro 26.382,00 oltre rimborso forfettario delle spese nella misura del 15% ed accessori di legge.
- pone le spese di ctu a carico di parte attrice.

Così deciso in Brescia nella Camera di Consiglio del 17 ottobre 2016

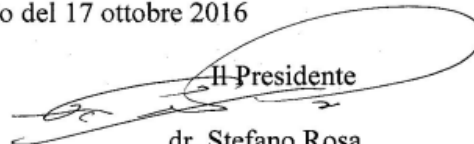
Il Giudice estensore

dr. Vincenza Agnese



Il Presidente

dr. Stefano Rosa



IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Dott.ssa Alessandra Paganotti



Depositata nella Cancelleria
del Tribunale di Brescia
Oggi 8 NOV 2016
IL CANCELLIERE CI
Dott.ssa Alessandra Paganotti

