

## 1. Diritto societario

# I PATTI PARASOCIALI DI FINANZIAMENTO



I patti parasociali di finanziamento sono funzionali a garantire l'apporto di risorse finanziarie alla società da parte dei soci sia nella fase di *start-up* che nella fase di crisi d'impresa. Nell'articolo vengono esaminati i soggetti contraenti e le circostanze concrete in cui tali patti possono essere utilizzati, indagandone, altresì, la struttura, con particolare attenzione alla loro configurabilità come contratti a favore di terzo (ed il conseguente diritto da parte della società di pretenderne l'adempimento). Costituiscono oggetto di analisi, altresì, i diversi tipi di apporti all'esecuzione dei quali possono vincolarsi i contraenti del patto ("aumenti di capitale", finanziamenti, "versamenti in conto capitale" e "versamenti in conto futuri aumenti di capitale") e gli effetti dello stesso a fronte dell'*exit* del socio paciscente.

/ Paolo DIVIZIA \*

/ Luca OLIVIERI \*\*

## FINALITÀ E NATURA DEI PATTI PARASOCIALI DI FINANZIAMENTO

I patti parasociali di finanziamento possono essere definiti come gli accordi mediante i quali i soci **si obbligano a dotare, a vario titolo, la società di nuovi mezzi finanziari.** La necessità di una programmazione degli

apporti spesso si manifesta nella fase di avvio dell'attività sociale o in un periodo di crisi della stessa.

Nel primo caso, i patti in esame rispondono all'esigenza dei soci di programmare la delicata fase di dotazione della società dei mezzi necessari per affrontare gli investimenti iniziali, in particolare quando non si intenda fare ricorso al finanziamento bancario poiché eccessivamente oneroso o difficilmente ottenibile<sup>1</sup>.

\* Notaio in Bergamo - Assistente alla Cattedra di Diritto Commerciale nell'Università degli Studi di Bergamo

\*\* Avvocato del Foro di Savona - Dottore Commercialista

1 Sono riconducibili ai patti oggetto del presente studio, ad avviso di chi scrive, gli accordi di investimento stipulati dai soci con il *venture capitalist*, sia anteriormente (è, infatti, ammessa la partecipazione agli accordi parasociali di soggetti che non siano in possesso della qualità di soci: cfr., *ex multis*, Badini Confalonieri A. "I patti parasociali", in "Le nuove s.p.a.", diretto da Cagnasso O., Panzani L., Zanichelli, Bologna, 2010, p. 263) che successivamente all'assunzione della qualità di socio da parte di quest'ultimo. L'accordo di investimento viene solitamente accompagnato da un complesso di ulteriori pattuizioni di carattere parasociale volte ad assicurare adeguate garanzie all'investimento del *venture capitalist* (clausole di non concorrenza, sindacati di voto o patti di consultazione relativamente all'adozione di determinate delibere, clausole di *tag-along* in caso di cessione delle partecipazioni da parte dei soci fondatori). Questo tema trova rilevante sviluppo nella dottrina anglosassone, fra i contributi più interessanti si segnala Cumming D. "Contracts and exits in venture capital finance", *Revue of financial studies*, 2008, p. 1978 ss.; con specifico riferimento al tema delle clausole di *covendita* e *trascinamento* si segnala il Working paper di Chemla G., Habib M., Ljungqvist A "An analysis of shareholder agreements", nella parte in cui affermano "*drag along rights that allow the parties to force their partners to join them in selling their stakes to a trade buyer in the case of a trade sale*" (citato *ex multis* nel testo monografico di Divizia P. "Le clausole di tag e drag along", Ipsoa, Milano, 2013, p. 59 ss.). Alcuni spunti di approfondimento si rinvergono nello scritto monografico di Gilotta S. "Trasparenza e riservatezza nella società quotata", Giuffrè, Milano, 2012, p. 77 ss. (in particolare il capitolo dedicato ai rapporti fra *venture capitalist* e finanziamento).

La seconda ipotesi, invece, ricorre quando i soci, al fine di gestire o superare una fase di crisi dell'impresa e di evitare che sfoci nella liquidazione della società o nell'apertura di una procedura concorsuale, si impegnino ad effettuare nuovi apporti, a prestare garanzie e/o a cedere a terzi le proprie partecipazioni (anche trasferendo ad un altro soggetto il controllo della società)<sup>2</sup>.

Sul piano generale, per l'individuazione della natura (e, quindi, della disciplina) dei patti parasociali di finanziamento, occorre procedere, similmente a quanto accade per ogni patto parasociale, a **verificare la loro riconducibilità alle fattispecie tipiche** previste dall'art. 2341-bis c.c.<sup>3</sup>

Quando i patti parasociali di finanziamento rientrano in tale ambito (ad esempio, in quanto siano finalizzati a stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società ed abbiano per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante sulla società finanziata o una sua controllante) troverà applicazione la disciplina di legge. Quando, invece, i patti in esame non siano riconducibili alle fattispecie espressamente previste dal legislatore, avranno natura di **contratti atipici** e, pertanto, saranno in primo luogo soggetti alla preventiva verifica del perseguimento di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, c.c.) e, in seconda battuta, al vaglio della non contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume<sup>4</sup>. Passando ad un'analisi più dettagliata dei

patti parasociali di finanziamento, appare opportuno distinguere, ai fini di ordine espositivo, tra due diversi profili di analisi: un profilo soggettivo, relativo all'individuazione dei soggetti del patto e degli effetti prodotti nei confronti di ciascuno di essi, ed un profilo oggettivo, relativo al contenuto degli obblighi assunti dai paciscenti, con particolare riguardo alle principali modalità di finanziamento.

## I SOGGETTI DEL PATTO PARASOCIALE E GLI EFFETTI DI QUEST'ULTIMO NEI LORO CONFRONTI

I patti parasociali tradizionalmente più utilizzati (sindacati di voto, sindacati di blocco) si sostanziano, di solito, in un contratto attraverso il quale i soci assumono l'obbligo di disciplinare, secondo determinate modalità, l'esercizio di diritti relativi alle rispettive partecipazioni sociali.

Le pattuizioni producono **effetti unicamente tra i contraenti**, a carico dei quali nascono le relative **obbligazioni** (ad esempio, di esercitare il proprio diritto di voto in un determinato modo oppure di non alienare a terzi le proprie partecipazioni per un dato periodo di tempo) e non esplicano alcun effetto nei confronti della società, che resta estranea ad esse.

Le obbligazioni assunte, quindi, come più volte evidenziato in dottrina e giurisprudenza<sup>5</sup>,

2 Frequentemente accade che i soci concludano una pluralità di accordi: cfr. Ubertazzi T.M. "Accordi per gli aumenti di capitale nei risanamenti di impresa: profili civilistici e qualificatori", *Contr. e impr.*, 2014, p. 321 ss. Sul tema, cfr. anche Cass. 7.5.2014 n. 9846, in *Banca Dati Eutekne, Le Società*, 2015, p. 162 ss., con nota di Di Bitonto C. "È pienamente ammissibile un patto parasociale in funzione di risanamento aziendale a favore della società risananda (terza beneficiaria in senso proprio)" e *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, p. 689 ss., con nota di Sanna V. "Patto parasociale a vantaggio della società e contratto a favore del terzo".

3 Si ricorda che sono disciplinati dall'art. 2341-bis c.c. "i patti, in qualunque forma stipulati, che al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società:  
a) hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società per azioni o nelle società che le controllano;  
b) pongono limiti al trasferimento delle relative azioni o delle partecipazioni in società che le controllano;  
c) hanno per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società. [...]".

4 Sul punto, sia consentito il rinvio a quanto già osservato in Divizia P., Olivieri L. "Disciplina ed effetti dei patti parasociali", in *questa Rivista*, 2, 2016, in particolare p. 7 ss.

5 Cfr., per tutti, Proverbio D. "I patti parasociali", Ipsoa, Milano, 2010, p. 3 ss. (ove si trovano citati diversi rinvii dottrinali); nella giurisprudenza di legittimità, *ex multis*, cfr. Cass. 21.11.2001 n. 14629, in *Banca Dati Eutekne e Le Società*, 2002, p. 1246 ss., con nota di Proverbio D. "Brevi note in tema di rapporto tra sociale e parasociale"; Cass. 23.11.2001 n. 14865, in *Banca Dati Eutekne e Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 2004; Cass. 5.3.2008 n. 5963, in *Banca Dati Eutekne e Riv. Not.*, 2009, 2, II, p. 460 ss., con nota di Bucciarelli Ducci E. "I patti parasociali: natura giuridica e profili di tutela"; Cass. 22.3.2010 n. 6898, in *Banca Dati Eutekne e Giust. civ. Mass.*, 2010, p. 417; Cass. 22.6.2016 n. 12956, in *Banca Dati Eutekne e Giust. civ. Mass.*, 2016.



non possono impegnare la società né incidere in alcun modo sulla sfera giuridica di quest'ultima e sulla validità dei suoi atti, che non può essere inficiata dall'inadempimento di uno o più paciscenti.

Ciò significa, volendo esemplificare, che la violazione di un sindacato di voto o di un patto di consultazione **non può incidere sulla validità della delibera** alla quale ha partecipato il paciscente inadempiente.

Tale tratto essenziale dei patti parasociali caratterizza anche i patti di finanziamento, infatti **le obbligazioni nascono soltanto a carico dei contraenti**, i quali, di regola, sono i soci, anche se non è escluso che possano rivestire tale qualità anche altri soggetti<sup>6</sup>.

I patti parasociali in esame, tuttavia, sono caratterizzati dal fatto che **la società** non costituisce un mero termine di riferimento al fine di individuare l'ambito delle pattuizioni (come accade per tutte le altre tipologie di patti), ma **diviene anche destinataria degli effetti** (favorevoli) dell'accordo, consistenti nel diritto ad acquisire, a vario titolo, apporti che i soci si sono impegnati ad effettuare.

La società, in tali ipotesi, assume, come è stato evidenziato<sup>7</sup>, la qualifica di terzo beneficiario secondo lo schema civilistico del **contratto a favore del terzo** (art. 1411 e ss.)<sup>8</sup>.

Occorre preliminarmente rilevare che, secondo un orientamento<sup>9</sup>, tale conseguenza

non si potrebbe trarre esclusivamente dalla pattuizione, da parte dei paciscenti, di obblighi aventi ad oggetto apporti a favore della società, essendo, invece, necessario che **"risulti con la necessaria chiarezza che i soci abbiano voluto attribuire direttamente il diritto alla società"**<sup>10</sup>.

Nelle ipotesi in cui ciò non sia constatabile non ricorrerebbe un contratto a favore del terzo, ma **"un contratto a vantaggio del terzo o con prestazione al terzo"**, che avrebbe efficacia esclusivamente interna (fra i contraenti) e non esterna (nei confronti della società). Tale impostazione, a parere di chi scrive, richiederebbe all'interprete un'indagine eccessivamente complicata, fermo restando che, anche quando non risulti espressamente dal patto, la volontà di attribuire alla società un diritto ai sensi dell'art. 1411 c.c., sul piano ermeneutico, potrebbe essere desunta dal complesso delle pattuizioni e dai comportamenti delle parti.

D'altra parte, l'opinione riferita ha il merito di condurre ad un'ulteriore riflessione: nell'ipotesi in cui l'accordo parasociale contenga una pluralità di patti (nuovi apporti, divieto di concorrenza, fideiussioni per debiti sociali, sindacato di voto, ecc.), ci si potrebbe chiedere se l'irrevocabilità discendente dalla dichiarazione della società di voler profittare dell'attribuzione possa riguardare anche i patti che

- 
- 6 Cfr. in tal senso, Cass. 18.7.2007 n. 15963, in *Banca Dati Eutekne e Giust. civ.*, 2008, p. 2918 ss.; Cass. n. 9846/2014, cit.
- 7 Cfr. Cass. 1.3.1993 n. 2493, *Giust. civ. Mass.*, 1993, p. 404; App. Milano 25.9.1998, *Corr. giuridico*, 1999, p. 226 ss., con nota di Romano A.A. "Arbitrato rituale e litisconsorzio necessario"; Cass. 11.7.2013 n. 17200, in *Banca Dati Eutekne, Le Società*, 2013, p. 1129 ss. e *Guida dir.*, 41, 2013, p. 78; Cass. n. 9846/2014, cit.
- 8 La natura atipica dei patti non esclude l'applicabilità dello schema del contratto a favore di terzo: cfr. Roppo V. "Il contratto", in "Trattato di diritto privato", a cura di Iudica G., Zatti P., Giuffrè, Milano, 2011, p. 544. Per le diverse opinioni espresse in dottrina e giurisprudenza in ordine alla possibilità di ricondurre un patto parasociale allo schema del contratto a favore di terzo, anche in senso contrario (orientamento, in verità, minoritario), cfr. Sanna V. "Patto parasociale a vantaggio della società e contratto a favore del terzo", *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, p. 689 ss. (in particolare, § 3, con vari richiami dottrinali e giurisprudenziali in nota). Lo schema del contratto a favore del terzo non è peraltro incompatibile neppure con la più complessa e rigida struttura dello statuto di spa e/o di srl; per un'approfondita analisi del tema si rinvia a Divizia P. "Clausola di prelazione in favore di terzo estraneo alla compagine sociale nella s.p.a.", *Notariato*, 2012, p. 574 ss.
- 9 Cfr. Sesta M. "Patti parasociali e contratto a favore di terzo", *Contr. e impr.*, 1993, p. 962; Sanna V., cit., p. 689 ss. (in particolare, § 4, con ulteriori rinvii dottrinali nella nota 34); in giurisprudenza, cfr. Cass. 11.6.1983 n. 4012, *Giust. civ. Mass.*, 6, 1983; Cass. 4.10.1994 n. 8075, *ivi.*, 1994, p. 1188 (s.m.); Cass. 12.8.1996 n. 7492, *ivi.*, 1996, p. 1170; Cass. 19.8.1997 n. 7693, *ivi.*, 1997, p. 1445; App. Napoli 20.2.2001, *Nuovo dir.*, 2002, p. 858 (s.m.); App. Firenze 4.7.2003, *Gius.*, 2003, p. 2856; Trib. Roma 31.1.2008 n. 2350, *Il merito*, 11, 2008, p. 31. In tutte le pronunce elencate è affermato il principio di diritto secondo cui per la configurabilità di un contratto a favore di terzo, non è sufficiente che il terzo riceva un vantaggio economico indiretto dal contratto stipulato tra altri soggetti, ma è necessario che questi ultimi abbiano inteso direttamente attribuirglielo, prevedendo e la prestazione a favore del terzo **"come elemento del sinallagma"**.
- 10 In tal senso, cfr. Sanna V., cit., p. 689 ss.

non riguardino specificamente gli apporti. Potrebbe, in tal caso, soccorrere un approccio consistente nell'individuare la sussistenza o meno di una stretta correlazione tra le diverse pattuizioni contenute nell'accordo, ritenendo che l'irrevocabilità si estenda a tutte quelle che devono ritenersi, nella volontà delle parti, essenziali rispetto all'accordo che preveda in senso stretto, un'attribuzione a favore della società.

Per tali motivi, al fine di evitare (per quanto possibile) incertezze interpretative, sembra opportuno in via operativa **specificare espressamente** nel patto che i paciscenti hanno inteso stipulare un contratto a favore della società ai sensi dell'art. 1411 c.c. e che si ritiene **essenziale** l'adempimento di tutte le obbligazioni da esso discendenti.

Al fine di meglio comprendere l'inquadramento del patto in esame nel contratto a favore di terzo, pare utile sinteticamente rammentare, su un piano generale, i diversi soggetti rientranti in tale schema per poi identificarli nella struttura del patto parasociale di finanziamento.

Nel contratto disciplinato dall'art. 1411 c.c. vengono in rilievo tre soggetti: lo stipulante, il promittente ed il terzo beneficiario.

Lo **stipulante** è la parte del contratto che intende beneficiare il terzo e sopporta il conseguente onere economico; l'interesse dello stipulante costituisce requisito essenziale di validità della stipulazione per espressa previsione di legge (art. 1411 comma 1 c.c.)<sup>11</sup>.

Il **promittente** è la parte contrattuale che si

obbliga, nei confronti dello stipulante, ad effettuare una determinata prestazione a favore del terzo<sup>12</sup>, il quale ultimo non assume la qualifica di parte contrattuale, ma è semplicemente il destinatario degli effetti favorevoli della stipulazione.

Tali effetti, che si producono a seguito del semplice accordo tra le parti del contratto, possono essere caducati in due casi: se il terzo dichiara di voler rifiutare il beneficio oppure se lo stipulante revoca la stipulazione prima della dichiarazione del terzo di volerne profittare (art. 1411 comma 2 c.c.), la quale attribuisce, per contro, definitività agli effetti del contratto.

L'applicazione dello schema del contratto a favore di terzo ai patti parasociali di finanziamento è caratterizzato da una particolarità, consistente nella **coincidenza soggettiva della parte stipulante con la parte promittente**: i soci paciscenti, infatti, rivestono entrambe le qualità, poiché, quale parte stipulante, hanno interesse a stipulare il patto per garantire il perseguimento dell'oggetto sociale e, quale parte promittente, reciprocamente si obbligano ad effettuare l'apporto di finanza (prestazione) nei confronti del terzo (la società)<sup>13</sup>.

La stipulazione non potrà produrre obblighi, ma solo effetti positivi (reperimento di nuovi mezzi finanziari) nei confronti della società, la quale conserverà il diritto di rifiutare l'attribuzione oppure di consolidarla definitivamente con la **dichiarazione di volerne profittare**.

11 In dottrina è stato precisato che tale l'interesse dello stipulante integra la causa della stipulazione: cfr. Bianca C.M. "Diritto civile, 3, il contratto", Giuffrè, Milano, 2000, p. 538. Tale causa ha natura variabile, potendo atteggiarsi, di volta in volta, ad esempio, come liberale (quando lo stipulante voglia effettuare l'attribuzione al terzo per liberalità, ancorché indiretta) o solutoria (lo stipulante intende adempiere, in tal modo, ad un obbligo che il terzo vanta nei suoi confronti). Più rara è la finalità transattiva, per cui si rinvia alle osservazioni di Colangeli D. "La Transazione", in "Trattati", a cura di Cendon P., Giuffrè, Milano, 2012, p. 322 ss. Nel patto parasociale di finanziamento la causa può atteggiarsi anche in modo diverso, a seconda dell'obiettivo finale perseguito con l'accordo: esaminando un patto stipulato durante la fase di risanamento di un'impresa in crisi, ad esempio, la Suprema Corte, facendo ricorso al concetto di causa concreta dell'operazione (che supera il tradizionale concetto di causa "astratta" come funzione economico-sociale del negozio), ha ritenuto che la finalità di "rilancio della produzione aziendale" non resti confinata nell'ambito dei motivi delle parti, ma integri la causa della pattuizione: Cfr. Cass. n. 9846/2014, cit.

12 In giurisprudenza è stato precisato che l'attribuzione deve avere ad oggetto un vero e proprio diritto soggettivo azionabile in giudizio: cfr. Cass. 23.5.1975 n. 2072, Arch. C., 1975, p. 1475.

13 Cfr. Di Bitonto C., cit., p. 174, il quale evidenzia l'ammissibilità del cumulo delle due qualità in uno stesso soggetto (si vedano anche i rinvii dottrinali e giurisprudenziali citati nella nota 67). Lo stesso Autore osserva come la fattispecie in oggetto sia caratterizzata anche dalla "sostanziale identità dell'interesse della società-terza-beneficiaria e quello dei (para-) soci stipulanti (e promittenti [...]): quale, per entrambi, interesse allo svolgimento della comune attività d'impresa".



Per tale motivo, appare opportuno, sul piano operativo, che tale dichiarazione venga rilasciata, precludendo, così, ogni possibilità per i paciscenti (in qualità di parte stipulante) di revocare l'attribuzione<sup>14</sup>.

Dalla configurazione del patto parasociale come contratto a favore del terzo deriva un importante corollario, riguardo al diritto a pretendere l'adempimento della prestazione e di proporre le altre azioni discendenti dall'accordo.

A tal fine, infatti, la **legittimazione** ad agire in giudizio, nei confronti del paciscente inadempiente, spetterà non soltanto agli altri paciscenti (quali stipulanti), ma anche alla società in qualità di terzo (o più correttamente di "ex terzo, ora aderente al patto")<sup>15</sup>.

Non appare possibile aprioristicamente escludere il diritto da parte della società a pretendere la prestazione dei contraenti in forza del patto, poiché esso discende dalla stessa qualificazione di quest'ultimo come contratto a favore di terzo.

La società, tuttavia, anche laddove aderisca alla stipulazione a suo favore, potrà, a fronte dell'inadempimento del patto, scegliere, nell'ambito di una valutazione degli interessi sociali, di rinunciare ad agire per chiedere l'adempimento del patto.

Preme evidenziare che la società **non potrebbe conseguire lo stesso risultato** (impegno dei

soci ad effettuare gli apporti diversi dal capitale) **con una delibera assembleare che potesse a carico dei soci l'obbligo di eseguire apporti a vario titolo a favore della stessa.**

Non essendo legittimo pretendere da questi ultimi prestazioni ulteriori rispetto ai conferimenti, infatti, una delibera in tal senso, come è stato recentemente evidenziato anche dalla giurisprudenza<sup>16</sup>, dovrebbe ritenersi nulla.

D'altra parte, si ritiene che tale ragionamento non possa assolutamente condurre al punto<sup>17</sup>

di escludere la possibilità per la società (in qualità di terzo ex art. 1411 c.c.) di pretendere l'adempimento di apporti previsti da un patto parasociale stipulato dai soci: sebbene costituisca una costante delle due fattispecie (delibera e patto parasociale) l'obbligo del socio nei confronti della società, occorre considerare con attenzione la diversità della fonte che lo genera, la quale sarà illegittima qualora si tratti di una delibera sociale, ma non potrà che essere valida quando si tratti di un patto parasociale dei cui effetti favorevoli la società beneficia, in qualità di terzo, ai sensi dell'art. 1411 c.c. (senza prendere in considerazione, ovviamente, autonomi profili di invalidità, ad esempio per violazione del divieto di patto leonino ex art. 2265 c.c.).

Ci si è interrogati, in dottrina, anche riguardo all'applicabilità della disposizione di cui all'art 1411 comma 3 c.c., la quale dispone

14 La dichiarazione della società riveste una notevole importanza, poiché conferisce all'accordo una stabilità non ottenibile con altri tipi di patti parasociali; infatti i paciscenti non potrebbero più sottarsi agli obblighi assunti, non potendo neppure risolverlo consensualmente, come aveva rilevato già Sesta M., cit., p. 951. In dottrina si è ritenuto che la dichiarazione della società di voler profittare della stipulazione a proprio favore contenuta in un patto parasociale possa avvenire sia tramite una delibera apposita ("preferibilmente" dell'organo amministrativo) che in sede di approvazione, da parte dell'assemblea, del bilancio dal quale risultano i versamenti dei soci: cfr., in tal senso, Di Bitonto C., cit., p. 173. Dal punto di vista operativo, ad avviso di chi scrive, non può negarsi neppure la possibilità di un'adesione al patto su iniziativa dell'organo amministrativo o del solo legale rappresentante, cui facciano seguito ora una delibera del CdA, ora una delibera assembleare, aventi funzione di ratifica *ex post*.

15 In tal senso, cfr. il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità: Cass. n. 2493/1993, cit.; Cass. n. 17200/2013, cit. e Cass. n. 9846/2014, cit.

16 Cfr. Trib. Milano 23.3.2017 n. 3465, in *Banca Dati Eutekne e Notiziario CNN*, 11.4.2017, con nota di Boggiali D., Ruotolo A. "Nullità della delibera che impone ai soci di s.r.l. prestazioni patrimoniali ulteriori rispetto ai conferimenti" e Trib. Roma 4.4.2017 n. 6673, in *Banca Dati Eutekne e Notiziario CNN*, 3.5.2017, con nota di Boggiali D., Ruotolo A. "Nullità della delibera che impone ai soci la copertura delle perdite". Sul punto, cfr. anche le osservazioni di Boggiali D. "Accordi di ripartizione dei debiti sociali tra patti parasociali e divieto di patto leonino", nota a Trib. Milano 28.2.2017 n. 2480, in *questo numero*, p. 47 ss.

17 Come sembra emergere da un *obiter dictum* di Trib. Roma n. 6673/2017, cit., laddove si afferma "Peraltro, il potere suddetto [di imporre ai soci il ripianamento dell'esposizione debitoria della società, ndr] non potrebbe neanche derivare da eventuali patti parasociali, i quali possono produrre esclusivamente effetti obbligatori nei confronti dei soci che li hanno sottoscritti, ma non nei confronti della società".

che, in caso di rifiuto del terzo, la prestazione rimanga a beneficio dello stipulante "salvo che diversamente risulti dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto".

È stato ritenuto<sup>18</sup> che tale meccanismo nella fattispecie in oggetto non possa operare, poiché, in caso di rifiuto della società, la prestazione, in ragione delle sue caratteristiche, non potrà essere eseguita a beneficio degli stipulanti e, pertanto, in caso di rifiuto (o revoca della stipulazione) il patto si risolverebbe ex art. 1256 c.c. per "impossibilità sopravvenuta di esecuzione delle prestazioni"<sup>19</sup>.

Appare, comunque, opportuno, al fine di superare a livello operativo eventuali dubbi interpretativi, che venga inserita un'espressa previsione nel patto, la quale, ad esempio, ne preveda la **risoluzione** in caso di rifiuto del terzo o revoca da parte degli stipulanti oppure disciplini un eventuale **rifiuto parziale** (della società nei confronti di uno o più singoli paciscenti), prevedendo la caducazione di tutti gli effetti oppure facendo salve le prestazioni degli altri paciscenti<sup>20</sup>.

---

## OGGETTO DEI PATTI

Un secondo profilo di analisi, di estremo interesse, è costituito dagli accordi contenuti nel patto parasociale, con particolare riguardo al tipo di apporto che i soci-paciscenti si obbligano ad effettuare.

A tal proposito è possibile, innanzitutto, distinguere tra apporti da imputare al capitale sociale ed apporti per i quali sia esclusa (almeno al momento della loro effettuazione) tale destinazione.

Rientrano nella prima tipologia i patti con i

quali i soci si obblighino reciprocamente ad apportare nuova finanza alla società incrementandone il capitale sociale a titolo oneroso, che si sostanziano nell'assunzione di un obbligo di sottoscrizione (e, normalmente, liberazione) di un **aumento di capitale** deliberato o deliberando.

In tal caso, i paciscenti (tra i quali potrà esservi anche un terzo non socio), quando la delibera non sia stata ancora adottata, avuto riguardo alle necessità finanziarie della società, potranno prestabilire l'ammontare complessivo dell'aumento, il suo carattere scindibile od inscindibile, il termine per la sottoscrizione e le modalità di esecuzione dei conferimenti.

L'accordo può anche prevedere che l'apporto avvenga, in tutto od in parte, ad opera di un terzo e che, quindi, i soci paciscenti si impegnino reciprocamente a rinunciare, in tutto od in parte, al proprio diritto di opzione (o, per le srl, al diritto di sottoscrizione).

Quando la delibera di aumento del capitale non sia stata ancora adottata, l'accordo potrà comprendere anche un sindacato di voto con il quale i soci paciscenti si impegneranno alla votazione della stessa in senso favorevole. Si tratta di una previsione non strettamente necessaria, anche se può ritenersi connotata alla tipologia della pattuizione e, in ogni caso, utile a rafforzare le probabilità di adempimento degli impegni assunti dai soci<sup>21</sup>.

In dottrina è stato escluso che il patto in esame sia inquadrabile nel contratto a favore del terzo, in quanto farebbe unicamente sorgere un obbligo reciproco tra i paciscenti senza determinare l'attribuzione di un diritto a favore della società, la quale ne avrebbe un semplice vantaggio indiretto<sup>22</sup>.

Tale assunto richiede un'ulteriore riflessione.

---

18 Cfr. Di Bitonto C., cit., p. 175, il quale aggiunge che tale circostanza non contrasta con il modello legale, poiché la stessa disposizione citata ammette la possibilità che la nuova deviazione degli effetti a favore dello stipulante possa essere esclusa in via convenzionale dalle parti oppure in ragione della natura del contratto.

19 Ad avviso di chi scrive, trattasi in questo caso di "impossibilità giuridica" e non fisica; su questo significativo distinguo, ai sensi degli artt. 1256 e 1347 c.c., cfr. Alpa G., Martini R. "Oggetto e contenuto", in "Il contratto in generale", in "Trattato di diritto privato", diretto da Bessone M., vol. XIII, t. 3, Giappichelli, Torino, 1999, p. 355.

20 In tal senso, condivisibilmente, Di Bitonto C., cit., p. 175-176.

21 Dal punto di vista operativo, ci si limita a ricordare la differenza strutturale fra spa ed srl rispetto all'ipotesi di esclusione o limitazione del diritto di opzione/sottoscrizione volto a consentire l'ingresso di un terzo nella compagine sociale; da ultimo, in tema di srl, si segnalano le Massime del Consiglio Notarile di Milano n. 156 e n. 158.

22 Cfr., esprimendosi su un'ipotesi di patto relativo ad un aumento già deliberato, Sanna V., op. cit., § 4.



Come è noto, l'aumento di capitale a pagamento è ricostruito come fattispecie a formazione progressiva<sup>23</sup>: con l'adozione della delibera di aumento, infatti, la società sottopone una proposta di sottoscrizione ai soci, i quali, entro il termine stabilito, possono accettarla mediante la sottoscrizione della quota di propria pertinenza (ci si riferisce, ovviamente, ai casi in cui la sottoscrizione non sia contestuale alla delibera).

Al momento della sottoscrizione i soci assumono l'obbligo di effettuare un conferimento a favore della società e, in caso di conferimenti in denaro, sono tenuti a versare contestualmente alla società almeno il venticinque per cento del valore nominale delle azioni sottoscritte (cfr. art. 2439 comma 1 c.c.).

È, quindi, nel momento della sottoscrizione che si perfeziona l'accordo tra il singolo socio e la società e che nasce il diritto di quest'ultima a pretendere dal primo l'esecuzione del conferimento.

Tornando alla questione che qui interessa, occorre osservare che quando il patto parasociale sia anteriore all'adozione delibera di aumento del capitale, non sembra che dallo stesso possa nascere un diritto soggettivo a favore della società, poiché non vi è ancora una proposta di sottoscrizione.

D'altra parte, anche quando il patto sia successivo alla delibera di aumento (che abbia fissato un determinato termine per la sottoscrizione) non pare possibile ritenere che per effetto dello stesso nasca un diritto soggettivo a favore della società, il quale non appare configurabile fino alla sottoscrizione con la quale i soci, esercitando il proprio diritto di opzione (o diritto di sottoscrizione, nel caso delle srl), contraggono anche

un obbligo ad eseguire il conferimento. Si potrebbe, quindi, concordare con la precisata opinione secondo la quale, **in tali ipotesi non ricorra un contratto a favore di terzo**, poiché dal patto parasociale non nasce un diritto soggettivo della società, ma un obbligo di ciascun paciscente nei confronti degli altri ad esercitare il proprio diritto di sottoscrivere l'aumento, liberandolo secondo le modalità pattuite, con l'importante conseguenza che non potrebbe ritenersi configurabile una legittimazione della società ad agire per in caso di inadempimento del patto<sup>24</sup>.

Può, d'altra parte, accadere che il patto parasociale non preveda soltanto un obbligo sottoscrivere l'aumento di capitale, ma specifichi (come è normale che accada in caso di necessità finanziaria della società) che ciascun paciscente sia tenuto ad effettuare contestualmente **l'integrale conferimento** (in denaro), in misura, quindi, superiore rispetto al minimo stabilito dalla legge.

In tal caso, sembra più difficile negare che la pattuizione determini la nascita di un diritto soggettivo a favore della società, poiché (al fine di perseguire la finalità di dotare al più presto la società dei mezzi finanziari necessari) ha come effetto l'ampliamento dell'oggetto dell'obbligo del socio nascente in seguito alla sottoscrizione dell'aumento, per il quale la società è già titolare di un diritto a richiedere l'adempimento secondo le modalità di legge.

Può accadere che i soci si accordino per imputare i loro apporti a capitale in un secondo momento, obbligandosi ad effettuare i c.d. **"versamenti in conto futuro aumento capitale"**: in tal caso, l'apporto fa ingresso nella sfera della società, ma verrà definitivamente acquisito, in conformità della propria desti-

23 Cfr., per tutti, Ferrucci A., Ferrentino C. "Società di capitali, società cooperative e mutue assicuratrici", t. II, Giuffrè, Milano, 2005, p. 1016 ss. (con rinvii dottrinali e giurisprudenziali nelle note).

24 In tal senso cfr. Sanna V., cit., § 4, nota 49, il quale sostiene che "in caso di inadempimento all'obbligo di sottoscrizione dell'aumento, non pare che la società possa pretendere l'adempimento, pretesa che potrebbero invece avanzare gli altri contraenti: si parla qui [...] dell'assunzione di un obbligo di sottoscrizione dell'aumento, non di un obbligo di conferimento (il quale invece, nel caso di inadempimento, sarebbe senz'altro azionabile dalla società)". Sia consentita però una riflessione più ardita. Riprendendosi le argomentazioni di carattere generale svolte nel precedente §, nel solo caso di adesione da parte della società al presente patto, potrebbe riqualificarsi l'intera struttura contrattuale come preliminare di sottoscrizione. In tal caso, la società, forte della propria adesione al patto, potrebbe azionare verso il socio recalcitrante un adempimento in forma coattiva sia dell'obbligo di sottoscrizione, sia dell'obbligo di versamento (quest'ultimo al pari di un'ordinaria pretesa di adempimento solutorio).

nazione, soltanto per liberare i conferimenti effettuati dai soci in occasione dell'aumento o degli aumenti del capitale sociale programmati da deliberarsi entro una determinata data<sup>25</sup>.

Il carattere "transitorio" degli apporti in esame, in assenza di un'apposita disciplina legislativa, ha determinato e continua a determinare discussioni sulla loro natura, sul loro trattamento contabile e sui possibili utilizzi da parte della società.

Avvertendo il lettore che una trattazione completa di tutte le problematiche connesse risulta esorbitante rispetto alle finalità del presente lavoro, può dirsi, in estrema sintesi,

che si sono fronteggiati principalmente due orientamenti: secondo alcuni<sup>26</sup>, le somme versate alla società a titolo di versamenti in conto futuro aumento di capitale, essendo ricevute a titolo di deposito, andrebbero contabilizzate come un debito verso i soci e, quindi, fino all'eventuale imputazione a capitale, non incrementerebbero il patrimonio netto della società, ma l'indebitamento<sup>27</sup>.

Secondo un'altra teoria<sup>28</sup>, invece, tali apporti vengono acquisiti da parte della società, ma sotto condizione risolutiva dell'adozione della futura deliberazione di aumento del capitale nominale e, quindi, dovranno essere "provvisoriamente" appostati tra le riserve (art. 2424

25 Sui versamenti in conto futuro aumento di capitale e sulla loro distinzione dai versamenti in conto capitale, in dottrina cfr., *ex multis*, Chiomenti F. "Ancora sugli apporti di capitale di rischio effettuati dai soci in forma diversa dal conferimento", *Riv. dir. comm.*, 1981, II, p. 239 ss.; Ferro-Luzzi P. "I versamenti in conto capitale", *Giur. comm.*, 1981, II, p. 895 ss.; Angiello A. "Dei versamenti a fondo perduto, in conto capitale e in conto futuro aumento di capitale", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, IV, p. 1393 ss.; Portale G.B. "Appunti in tema di «versamenti in conto futuri aumenti di capitale» eseguiti da un solo socio", *Banca borsa tit. cred.*, 1995, I, p. 93 ss.; Olivieri G. "I versamenti «in conto futuro aumento di capitale» in favore degli Istituti di credito di diritto pubblico tra legge speciale e diritto comune societario", *Banca borsa tit. cred.*, 1999, II, p. 200 ss.; Ragno M. "Versamenti in conto capitale, versamenti in conto futuro aumento di capitale e prestiti subordinati effettuati dai soci di società di capitali", *Giur. comm.*, 2000, I, p. 763 ss.; Festa Ferrante G. "Natura giuridica e vicende dei versamenti in conto capitale e a fondo perduto (o a copertura di perdite)", *Riv. Not.*, 2010, p. 995-1051; Id. "Natura giuridica e vicende dei versamenti collegati ad operazioni di aumento oneroso del capitale sociale", *ivi*, p. 1301-1335; Milloni F.E. "Versamenti in conto futuro aumento nelle società di capitali e in particolare nella società a responsabilità limitata: natura giuridica e operatività nei rapporti tra socio erogante e società", *Riv. Not.*, 2016, p. 337 ss.; Magliulo F. "I versamenti in conto futuro aumento di capitale", in *questa Rivista*, 5, 2016, in particolare p. 15 ss. Cfr. anche, più diffusamente: Tantini G. "I versamenti in conto capitale", Cedam, Padova, 1990; Irrera M. "I «prestiti» dei soci alla società", Cedam, Padova, 1992; Parrella L. "Versamenti in denaro dei soci e conferimenti nelle società di capitali", Giuffrè, Milano, 2000; Rubino De Ritis R. "Gli apporti «spontanei» in società di capitali", Giappichelli, Torino, 2001; Tombari U. «Apporti spontanei» e «prestiti» dei soci nelle società di capitali", in "Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso", diretto da Abbadessa P., Portale G.B., vol. I, UTET, Torino, 2006, p. 553 ss.; Tassinari F. "Il finanziamento della società mediante mezzi diversi dal conferimento", in Caccavale C., Magliulo F., Maltoni M., Tassinari F. "La riforma della società a responsabilità limitata", Ipsoa, Milano, 2007, p. 153.

26 Cfr. Fortunato S. "Capitale e bilanci nella s.p.a.", *Riv. soc.*, 1991, p. 159 ss.; Rubino De Ritis M., cit., p. 137 ss.; massima del Comitato Notarile Triveneto H.L.2 "Versamenti soci in conto futuri aumenti di capitale"; Trimarchi G.A.M. "L'aumento del capitale sociale", Ipsoa, Milano, 2007, p. 80 ss.; Id. "Le riduzioni del capitale sociale", p. 219 ss.; Atlante N. "Casi pratici in tema di aumento gratuito del capitale nelle società per azioni non quotate", in "I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato", 2008, p. 19; Busi C.A. "Riduzione del capitale nelle s.p.a. e s.r.l.", Egea, Milano, 2010, p. 306; Fico D. "Le operazioni sul capitale sociale nella s.p.a. e nella s.r.l.", Giuffrè, Milano, 2010, p. 106.

27 Si è discusso anche sulla specifica classificazione nell'ambito del passivo, ipotizzando ora l'inserimento nell'ambito dei fondi per rischi ed oneri ai sensi dell'art. 2424 lett. B c.c. (cfr. Cenni D. "I versamenti fuori capitale dei soci e la tutela dei creditori sociali", *Contr. e impr.*, 1995, p. 1132 e Parrella L., cit., p. 124), ora nell'ambito degli acconti ex art. 2424 lett. D n. 6 c.c. (cfr. Rubino De Ritis M., cit., p. 137).

28 Cfr. Colombo G.E. "Il bilancio d'esercizio", in "Trattato delle società per azioni", diretto da Colombo G.E., Portale G.B., vol. VII, t. 2, UTET, 1994, p. 23 ss. e principio contabile OIC 28 "Patrimonio netto", p. 15; in giurisprudenza, cfr. Cass. 19.3.1996 n. 2314, *Riv. dir. comm.*, 1996, II, p. 329 ss. e *Vita not.* 1997, p. 316 ss., ove è dato leggere: "Quando, infatti, le parti abbiano stabilito un chiaro collegamento casuale tra il versamento eseguito dal socio ed un prossimo aumento del capitale sociale, è in genere da ritenere che esse abbiano inteso condizionare risolutivamente l'acquisizione patrimoniale della società alla futura deliberazione di aumento del capitale nominale. Il versamento eseguito dal socio sarà pertanto, in tal caso, solo provvisoriamente da includere tra le riserve e dovrà poi, ove l'assemblea effettivamente deliberi l'ipotizzato aumento del capitale nominale della società, rifluire in quest'ultima posta di bilancio ed assumere i caratteri tipici del conferimento di capitale (in senso giuridico). Ma se, viceversa, l'aumento non dovesse essere deliberato dall'assemblea (la quale, ovviamente, è del tutto libera nelle sue determinazioni), il socio avrà diritto alla restituzione di quanto versato: non perché si è trattato di un mutuo, bensì per essere venuta successivamente meno la causa giustificativa dell'attribuzione patrimoniale da lui eseguita in favore della società (e, quindi, secondo i principi della ripetizione dell'indebito)". Nello stesso senso, cfr. Trib. Napoli 25.2.1998, *Banca borsa tit. cred.*, 1998, II, p. 537 ss., con nota di: Di Sabato F. "Il «salvataggio» del Banco di Napoli". In tal senso, recentemente, ha aderito alla ricostruzione della citata sentenza della Suprema Corte anche Trib. Roma 12.3.2015 n. 5739, in *Banca Dati Eutekne e Riv. Not.*, 2016, p. 324 ss., con nota di Milloni F.E., cit.





lett. A n. VII c.c.) e, in caso di mancata adozione della delibera di aumento entro il termine stabilito, restituiti ai soci che li avevano versati (non a titolo di rimborso, ma secondo i principi della ripetizione dell'indebitto, essendo venuta meno la causa giustificatrice dell'attribuzione effettuata alla società).

Per tali motivi, in caso di appostamento a riserva, al fine di evidenziare il vincolo di destinazione gravante sulla stessa ed il diritto di restituzione spettante a ciascun socio per l'importo versato, si è precisato che la detta riserva dovrà essere "targata"<sup>29</sup>.

Quando i contraenti di un patto parasociale intendano assumere l'obbligo di effettuare alla società dei versamenti in conto futuro aumento capitale, dovranno, pertanto, prevederne una puntuale disciplina, specificando, al fine di evitare possibili controversie qualora l'operazione non si perfezioni, la loro qualificazione<sup>30</sup>.

Non dovranno, inoltre, limitarsi a determinare gli importi apportati da ciascuno di essi, ma **stabilire il termine finale** entro il quale dovrà (o dovranno) effettuarsi la delibera (o le delibere) di aumento del capitale con imputazione dei versamenti<sup>31</sup>, specificando che l'attribuzione alla società avviene sotto

la **condizione risolutiva della mancata adozione della delibera** (o delle delibere) entro il termine stabilito.

Sarà, altresì, opportuno disciplinare le **conseguenze** del mancato avveramento della condizione, prevedendo, ad esempio, la restituzione degli importi ai soci entro un determinato termine oppure la novazione degli stessi in finanziamenti oppure versamenti in conto capitale, anche previa nuova manifestazione di volontà dei paciscenti.

I patti parasociali di finanziamento, infine, possono avere ad oggetto anche apporti per i quali non sia prevista l'imputazione a capitale, come accade quando i paciscenti si impegnino ad effettuare, nei confronti della società, **finanziamenti o versamenti in conto capitale** (o "*in conto patrimonio*").

La scelta dell'uno o dell'altro strumento non è di poco momento e dipende dalla finalità concretamente perseguite con l'accordo: l'utilizzo del primo tipo di apporto è solitamente motivato dalla volontà di consentire alla società di disporre di capitale di credito senza dover ricorrere a fonti esterne (es.: istituti bancari), più onerose e per le quali si renda necessario il rilascio di garanzie.

In tal caso, i paciscenti normalmente dovranno

29 Sulle riserve targate relative a versamenti in conto futuro aumento capitale, cfr. Magliulo F., cit., in particolare p. 10 ss. (con ulteriori rinvii dottrinali e giurisprudenziali alle note 28 e 29).

30 La corretta qualificazione riveste notevole importanza, poiché, in mancanza, qualora il programmato aumento non si verifichi, in caso di controversia sull'esistenza del diritto alla restituzione sui soci graverà l'onere di provare tale diritto. A tal proposito occorre, tuttavia, rammentare che, secondo l'attuale orientamento della giurisprudenza, la qualificazione attribuita dai soci non è decisiva, poiché si tratta "*di una questione di interpretazione della volontà negoziale delle parti, dovendo trarsi la relativa prova, di cui è onerato il socio interessato, non tanto dalla denominazione dell'erogazione contenuta nelle scritture contabili della società, quanto dal modo in cui il rapporto è stato attuato in concreto, dalle finalità pratiche cui esso appare essere diretto e dagli interessi che vi sono sottesi; tale valutazione è riservata al giudice del merito*" (cfr. Cass. 3.12.2014 n. 25585, in *Banca Dati Eutekne*, e, nello stesso senso *ex multis*: Cass. 23.2.2012 n. 2758, in *Banca Dati Eutekne e Giur. comm.*, 2012, II, p. 1213 ss., con nota di Rufini D. "Finanziamenti dei soci a favore della società e mancati interventi del legislatore"); Cass. 30.3.2007 n. 7980, in *Banca Dati Eutekne e Riv. Not.*, 2008, p. 181, con nota di Peri M.L. "I versamenti dei soci in favore della società e la diversa disciplina applicabile in relazione alla loro qualificazione giuridica"; Cass. 31.3.2006 n. 7692, in *Banca Dati Eutekne e Giust. civ.*, 2007, 3, I, p. 668 ss.; Cass. 21.5.2002 n. 7427, in *Banca Dati Eutekne e Vita not.*, 2002, p. 1500 ss.; Cass. 6.7.2001 n. 9209, in *Banca Dati Eutekne e Le Società*, 2001, p. 1345 ss.; Cass. 19.9.2000 n. 9471, *Giust. civ. Mass.*, 2000, p. 1569; Cass. n. 2314/1996, cit. D'altra parte, la Suprema Corte ha avuto, altresì, modo di precisare che la classificazione attribuita dagli amministratori in bilancio agli apporti effettuati dai soci può divenire decisiva ai fini del convincimento del giudice, laddove il bilancio sia stato approvato dal socio del cui versamento è controversa la qualificazione: Cass. 13.8.2008 n. 21563, in *Banca Dati Eutekne e Guida dir.*, 41, 2008, p. 55 (s.m.).

31 L'indicazione del termine assume notevole rilevanza, poiché, in assenza di esso, secondo un orientamento, sarebbe possibile adire il giudice *ex art.* 1183 c.c. affinché lo determini ma, secondo altro orientamento, gli apporti dovrebbero essere qualificati come versamenti in conto capitale, con conseguente perdita, da parte dei paciscenti, del diritto alla restituzione a seguito della mancata effettuazione dell'aumento di capitale (i versamenti potrebbero essere utilizzati per ripianare perdite e restituiti soltanto in sede di liquidazione, ove siano ancora presenti dopo la soddisfazione dei creditori della società): cfr., in questo secondo senso, Angiello A., cit., p. 1414 e Verdirame G. "Versamenti e prestiti dei soci alla società", *Le Società*, 2002, p. 39.

prevedere l'ammontare del finanziamento (e gli importi che si obbliga a versare ognuno di essi), la scadenza e le modalità per il rimborso del prestito ed il suo carattere fruttifero o infruttifero. Dovrà, inoltre, essere prestata particolare attenzione al fatto che, ai sensi dell'art. 2467 c.c.<sup>32</sup>, il rimborso dei finanziamenti effettuati dai soci durante il periodo di crisi dell'impresa (o, più precisamente, in un momento di eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure quando, per la situazione finanziaria della società, sarebbe stato ragionevole un conferimento) sarà postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento, dovrà essere restituito. I paciscenti faranno ricorso agli apporti a titolo di versamenti in conto capitale (detti anche "in conto patrimonio"), per contro, quando intendano incrementare la finanza della società senza mantenere un diritto alla necessaria restituzione di quanto versato, che viene direttamente acquisito al patrimonio della società. In tal caso, la restituzione di quanto apporato potrà avvenire soltanto allo scioglimento della società, in fase di liquidazione della

quota del socio apportante, e nella misura in cui residui dopo la soddisfazione dei creditori. È evidente che i due tipi di apporti si differenziano in maniera rilevante sul piano economico, poiché, nel primo caso, il rischio in capo ai paciscenti è di carattere finanziario (solvibilità della società alla scadenza stabilita), come per ogni creditore sociale; nel secondo caso, invece, il rischio è parificabile a quello assunto con l'esecuzione dei conferimenti e legato all'andamento economico della società (rivelandosi, anzi, superiore per effetto del meccanismo di riduzione del capitale in caso di perdite, che incide prioritariamente sulle riserve disponibili e successivamente sul capitale)<sup>33</sup>.

La differenza emerge in maniera evidente anche dal trattamento contabile dei predetti apporti, infatti, i finanziamenti dei soci trovano classificazione nel passivo della società incrementandone l'indebitamento (sono, infatti, classificati come debiti nei confronti dei soci), mentre i versamenti in conto capitale vengono appostati in una corrispondente riserva (disponibile)<sup>34</sup> che incrementerà il patrimonio netto. Gli apporti in esame, inizialmente non imputati a capitale, sono naturalmente suscettibili

---

32 Si rammenta che l'ambito applicativo dell'art. 2467 c.c., dettato in materia di finanziamenti dei soci a favore di società a responsabilità limitata (e ripreso dall'art. 2497-quinquies c.c. per i finanziamenti effettuati da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei confronti di una società), è stato ritenuto estensibile, dalla recente giurisprudenza di legittimità, alle spa chiuse "di modeste dimensioni e con compagini sociali familiari o comunque ristrette", ricorrendone anche in tali ipotesi la *ratio* giustificatrice, consistente nel "regolare i fenomeni di sottocapitalizzazione nominale in società «chiuse» (fenomeni determinati dalla convenienza dei soci a ridurre l'esposizione al rischio d'impresa, ponendo i capitali a disposizione della società nella forma del finanziamento anziché in quella del conferimento)". Naturalmente, occorre verificare in concreto la ricorrenza dei precitati presupposti applicativi. In materia, cfr., *ex multis*, Zoppini A. "La nuova disciplina dei finanziamenti dei soci nella società a responsabilità limitata e i prestiti provenienti da «terzi» (con particolare riguardo alle società fiduciarie)", *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 417 ss.; Parrella L. "Finanziamenti dei soci e postergazione del credito di restituzione: il nuovo art. 2467 c.c.", in "La «nuova» società a responsabilità limitata", a cura di Miola M., Jovene, Napoli, 2005, p. 295 ss.; Salafia V. "I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata", *Le Società*, 2005, p. 1077 ss.; Simeon M. "La postergazione dei finanziamenti dei soci nella s.p.a.", *Giur. comm.*, 2007, p. 69 ss.; Zanon G. "Della società a responsabilità limitata. Artt. 2462-2474", in "Il Codice Civile. Commentario", fondato da Schlesinger P. e diretto da Busnelli F.D., t. I, Giuffrè, Milano, 2010, p. 439 ss.; De Ferra G. "La postergazione del credito del socio finanziatore", *Giur. comm.*, 2010, I, p. 187 ss.; Abriani N. "Finanziamenti «anomali» dei soci e regole di corretto finanziamento nelle società a responsabilità limitata", in "Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanon", a cura di Benazzo P., Cera M., Patriarca S., UTET, Torino, 2011, p. 319 ss.; Baccetti N. "Postergazione dei finanziamenti e tipi sociali", *Giur. comm.*, 2012, p. 804 ss.; Balp G. "Questioni di tema di postergazione ex art. 2467 e 2497-quinquies c.c.", *Banca borsa tit. cred.*, 2012, p. 246 ss.

33 Per tale motivo è ricorrente, in dottrina e giurisprudenza, la qualificazione di quanto apportato dai soci alla società a titolo di finanziamento come "capitale di credito", qualificando, per contro, l'apporto in conto capitale come "capitale di rischio": cfr., per tutti, Magliulo F., cit., p. 8.

34 Cfr. principio contabile OIC 28, p. 15; massima del Comitato Notarile Triveneto H.L.1 "Versamenti soci senza diritto di rimborso - c.d. in conto capitale"; nella giurisprudenza di legittimità, Cass. n. 7980/2007, cit.; Cass. 24.7.2007 n. 16393, in *Banca Dati Eutekne* e *Riv. Not.*, 2009, p. 1065, con nota di Ferrucci A. "Sull'analiticità o sinteticità del verbale, sugli effetti del mancato deposito dei titoli azionari, sulla natura dei versamenti in conto capitale e sull'art. 2467 c.c."; Cass. n. 21563/2008, cit.; Cass. n. 2758/2012, cit.; Cass. 13.7.2012 n. 12003, *CED Cassazione*, Cass. 29.7.2015 n. 16049, in *Banca Dati Eutekne*; in dottrina cfr., per tutti, Magliulo F., cit., p. 8-9 (con ulteriori rinvii dottrinali e giurisprudenziali nelle note 9 e 10).



di tale imputazione successivamente, anche in tal caso richiedendo, tuttavia, il compimento di atti distinti volti a consentire tale operazione.

Anche in tale ipotesi emerge la diversità tra finanziamenti e versamenti in conto capitale. L'imputazione a capitale dei primi, infatti, richiederà una rinuncia alla restituzione da parte di ogni singolo socio finanziatore oppure l'utilizzo in compensazione in sede di aumento a titolo oneroso<sup>35</sup>, laddove l'imputazione a capitale dei versamenti in conto capitale potrà avvenire, a maggioranza, mediante una semplice delibera di assemblea straordinaria di aumento del capitale con utilizzo della corrispondente riserva.

Sul piano degli **effetti**, la ricostruzione dei patti parasociali aventi ad oggetto apporti a titolo di finanziamento o versamenti in conto capitale come contratti a favore della società ai sensi dell'art. 1411 c.c. comporterà, come si è visto, la possibilità di far decadere l'obbligo assunto a seguito o di revoca da parte degli stipulanti o di rifiuto ad opera del terzo.

Per tali motivi, al fine di garantire stabilità ai patti, sarà opportuno che la società fornisca la dichiarazione di voler profittare della stipulazione a proprio favore.

A tal proposito, come si è già accennato, non vi è concordia, in dottrina, circa le **modalità di formalizzazione** della stessa, vale a dire se, tal fine, sia necessaria una delibera dell'organo amministrativo (laddove la società sia gestita da un CdA) oppure una delibera dell'assemblea ordinaria e, in quest'ultimo caso, se debba trattarsi di delibera *ad hoc* oppure sia sufficiente, in via implicita, la delibera di approvazione del bilancio nel quale siano stati appostati gli apporti ricevuti<sup>36</sup>.

Coloro che (con riferimento ai versamenti in conto capitale) hanno ritenuto necessaria una delibera assembleare<sup>37</sup>, hanno argomen-

tato sulla base del fatto che "la competenza a proporre o accettare il contratto di sottoscrizione delle azioni ed eventuali contratti preparatori dello stesso, che vincolino la società" spetterebbe sempre alla sola assemblea.

Si ritiene di aderire all'opinione<sup>38</sup> secondo la quale **la competenza a deliberare spetti all'organo amministrativo**, per due ordini di motivi: in primo luogo, i finanziamenti ed i versamenti in conto capitale non preludono necessariamente ad un incremento del capitale sociale; in secondo luogo, le decisioni relative al finanziamento della società, ove non diversamente previsto (come accade, ad esempio, nel caso di emissione di azioni, strumenti finanziari od obbligazioni), appartengono all'organo gestorio.

La dichiarazione di voler profittare, pertanto, potrà essere resa dal rappresentante legale della società previa (quando la società sia gestita da un organo collegiale) delibera dell'organo amministrativo (l'amministratore unico, invece, potrà fornire la predetta dichiarazione, ad esempio, sottoscrivendo direttamente, in tale qualità, il patto parasociale)<sup>39</sup>.

## SPECIFICHE PATTUZIONI DEL PATTO PARASOCIALE

Alla luce di quanto fin qui esposto, occorre ora prendere in esame alcune circostanze particolari che possono costituire oggetto di specifica regolamentazione nel patto, e precisamente:

- le conseguenze dell'inadempimento;
- gli effetti conseguenti alla cessione della partecipazione di uno dei paciscenti;
- il perfezionamento di apporti non proporzionali alle quote di partecipazione al capitale.

35 Sul tema si veda anche la massima n. 4 del Comitato Notarile della Regione Campania "Aumento oneroso di capitale di s.p.a. o di s.r.l. - Esecuzione mediante compensazione di un credito".

36 Nel secondo senso, cfr. Santoni G. "Patti parasociali", Jovene, Napoli, 1985, p. 211.

37 Cfr., per tutti, Busi C.A., cit., p. 64 (si vedano anche i rinvii bibliografici citati nella nota 109).

38 Di Bitonto C., cit., p. 173.

39 È fatta sempre salva la prassi, meno ortodossa, della ratifica *ex post*, cfr. nota 14.

## LE CONSEGUENZE DELL'INADEMPIMENTO

Per i patti in oggetto, come del resto per qualsiasi altro patto parasociale<sup>40</sup>, uno dei profili redazionali più delicati attiene all'individuazione i rimedi negoziali più idonei per scoraggiare l'inadempimento dei contraenti.

In via generale, gli strumenti di più frequente impiego (anche simultaneo) sono la **clausola penale** o la **condizione risolutiva espressa**.

La prima dovrà essere redatta con particolare attenzione specificandone i presupposti applicativi (il tipo ed il numero di violazioni che ne determinano l'attivazione) e, ovviamente, facendo espressamente salvo il risarcimento del maggior danno, altrimenti precluso ai sensi dell'art. 1382 c.c.

Uno dei profili più insidiosi, come è noto, deriva dalla tradizionale problematica dell'ammontare manifestamente eccessivo della clausola, che, ai sensi dell'art. 1384 c.c., apre la strada ad una riduzione in via equitativa da parte dell'autorità giudiziaria, la quale dovrà rapportare, nell'ambito di un bilanciamento di interessi, l'ammontare della penale all'interesse del creditore all'adempimento, considerando anche *"l'effettiva incidenza dell'adempimento sull'equilibrio delle prestazioni e sulla concreta situazione contrattuale, indipendentemente da una rigida ed esclusiva correlazione con l'effettiva entità del danno subito"*<sup>41</sup>.

Tale circostanza incide significativamente sull'idoneità della clausola penale a scoraggiare, con un certo grado di efficienza, la violazione dell'obbligazione, idoneità che, come è noto, è tanto maggiore quanto più è elevata la somma dovuta in caso di inadempimento<sup>42</sup>. D'altra parte, non risulta neanche agevole individuare, di volta in volta, una soglia che, successivamente, non si riveli eccessiva, in

particolare laddove sussistano diverse possibili ipotesi di violazione del patto.

Un altro rimedio negoziale frequentemente utilizzato, come si è detto, è quello della condizione risolutiva, mediante la quale, è possibile prevedere che l'inadempimento di un paciscente ne determini l'esclusione dal patto.

Il meccanismo condizionale potrà assumere un particolare rilievo quando il patto abbia ad oggetto apporti non destinati all'imputazione a capitale (finanziamenti e versamenti in conto capitale).

In tal caso, avuto riguardo all'ammontare dell'importo ritenuto necessario per il finanziamento della società, sarà importante stabilire, ad esempio, se l'inadempimento di uno o più paciscenti determini la risoluzione del patto oppure espliciti conseguenze negative limitate alla sfera dell'inadempiente senza inficiare gli altri apporti (ciò presuppone, ovviamente, una valutazione circa l'ammontare minimo delle necessità finanziarie dell'attività sociale).

## GLI EFFETTI CONSEGUENTI ALLA CESSIONE DELLA PARTECIPAZIONE DI UNO DEI PACISCENTI

Il patto potrà prevedere, inoltre, specifici accordi circa gli effetti della cessione della partecipazione da parte di uno dei paciscenti.

A tal proposito, occorre brevemente ripercorrere gli esiti ai quali è giunta l'elaborazione dottrinale con riferimento ai diversi tipi di apporto.

Relativamente ai **finanziamenti dei soci** è stato rilevato<sup>43</sup> che la cessione della partecipazione sociale da parte del socio finanziatore non determina effetti sul finanziamento in mancanza di un'espressa pattuizione con la quale quest'ultimo ceda anche il correlativo credito vantato nei confronti della società.

40 Per la trattazione dell'argomento in via generale sia consentito il rinvio a Divizia P., Olivieri L., cit., in particolare p. 17 ss.

41 Cfr. Cass. 7.9.2015 n. 17731, *CED Cassazione*, 2015.

42 Dal punto di vista redazionale, tuttavia può esser utile inserire nel patto una espressa previsione mediante la quale le parti riconoscono come congruo, equo e coerente l'ammontare della penale medesima in relazione alle obbligazioni assunte ed all'interesse tutelato.

43 Cfr., in dottrina, Busi C.A. "S.p.a. - s.r.l. Operazioni sul capitale", Egea, Milano, 2004, p. 94; Magliulo F., cit., p. 9; in giurisprudenza, Cass. n. 16049/2015, cit., ove espressamente si afferma che qualora il socio ceda la quota *"conserva però ove nulla le parti abbiano previsto la titolarità del credito uti singulus"*.



Può, in altre parole, accadere che un socio ceda ad un terzo la propria quota di partecipazione mantenendo la qualità di creditore nei confronti della società per il rimborso dei finanziamenti in precedenza effettuati. Nell'ottica delle finalità perseguite con i patti parasociali oggetto del presente contributo, d'altra parte, i paciscenti potrebbero avere interesse a concordare un reciproco obbligo a cedere, unitamente alla partecipazione, anche il credito relativo al finanziamento, nel presupposto che l'interesse allo stabile accesso ai mezzi finanziari da parte della società sia strettamente collegato alla qualità di socio<sup>44</sup>.

Il socio uscente, infatti, sarà, normalmente, disinteressato all'attività sociale e preferirà ottenere il prima possibile il rimborso del finanziamento.

Da un secondo punto di vista, non potendosi escludere che, in ragione dell'*intuitu personae*, gli altri paciscenti preferiscano rapportarsi con l'ex socio, sarebbe possibile prevedere un autonomo patto di consultazione a maggioranza, avente ad oggetto la decisione circa la cessione del predetto credito, alla quale dovrebbe conformarsi il paciscente cedente.

Per quanto riguarda i **versamenti in conto capitale**, pare sufficiente osservare che, secondo l'opinione prevalente, la cessione della partecipazione sociale comprende i diritti legati alla restituzione degli stessi, in ragione della loro natura di "*capitale di rischio*"<sup>45</sup>, non potendo essere oggetto di un autonomo diritto di credito e, quindi, di disposizione separata. Non sembra, quindi, che tale vicenda possa essere utile oggetto di regolamentazione nel patto<sup>46</sup>.

Passando all'esame dei **versamenti in conto futuro aumento**, occorre preliminarmente ricordare che, secondo l'opinione più accreditata, la cessione della partecipazione non comporta necessariamente cessione del diritto alla restituzione degli stessi che sorgerà qualora non si realizzi la deliberazione dell'aumento programmato<sup>47</sup>.

In tal caso, potrà accadere che il socio uscente mantenga tale diritto di credito nei confronti della società che, peraltro, diverrà esigibile solo nel predetto momento (dovendosi a quel punto trattare, però, di un aumento di capitale riservato, in tutto o in parte, a terzi)<sup>48</sup>.

Riguardo a tale ipotesi può ripetersi quanto esposto con riguardo agli apporti a titolo

44 Cfr. Avagliano M., Studio CNN, 25.2.1999 n. 1797 "*Versamenti in conto capitale e futuro aumento capitale: possibilità di cedere a terzi i relativi diritti separatamente dal trasferimento della partecipazione sociale*".

45 Cfr., a tal proposito, ancora Cass. n. 16049/2015, cit., la quale condivisibilmente osserva che "*Sostenere che, in tal caso, il diritto alla restituzione sussiste all'esito della liquidazione sociale ove vi sia un residuo da distribuire fra i soci, all'esito del pagamento di tutti i creditori, significa, allora, null'altro che assimilare in pieno tali apporti ai conferimenti ed al capitale di rischio: anch'esso, invero, verrà restituito all'esito della liquidazione dell'impresa collettiva. Vi è, per essi, una postergazione della restituzione al soddisfacimento dei creditori sociali, esattamente come avviene per i conferimenti operati dal socio: è mera eventualità, dipendente dalla condizione in cui verrà a trovarsi il patrimonio sociale al momento della liquidazione della società ed alla possibilità che in tale patrimonio residuino valori sufficienti al rimborso dopo l'integrale soddisfacimento dei creditori. Come si è efficacemente chiarito (Cass. sez. un., 23 ottobre 2006, n. 22659), in alcun modo può dirsi che con il contratto di società o col conferimento successivo nasca in capo a ciascun socio una posizione giuridica soggettiva qualificabile in termini di diritto di credito ed avente ad oggetto la restituzione del conferimento, di cui è parola all'art. 2350 c.c.. Discorrere di diritto di credito, sia pure eventuale, alla restituzione del versamento può dunque dar luogo ad equivoci, salvo che si comprenda che ci si riferisce appunto alla «partecipazione al rischio d'impresa cui è esposto il capitale versato dal socio [...]»*".

46 Poiché, tuttavia, il beneficio dell'avvenuto versamento in conto capitale si "*riverbera indirettamente*" sul socio cessionario, detto profilo potrà influenzare la fissazione della misura del corrispettivo della cessione.

47 Più precisamente, come è stato evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità, non si tratta di un diritto al rimborso, ma di un'obbligazione restitutoria a carico della società determinata dal venir meno della causa giustificativa del versamento eseguito dal socio e, quindi, in ossequio ai principi della ripetizione dell'indebito: cfr. Cass. n. 16049/2015, cit.

48 Cfr. Cass. n. 17200/2013, cit., nella parte in cui afferma che "*il patto parasociale, in forza del quale taluni soci si impegnano ad eseguire prestazioni a beneficio della società, integra la fattispecie del contratto a favore di terzo disciplinato dall'art. 1411 c.c., il cui adempimento può essere chiesto sia dalla società terza beneficiaria – che con l'eventuale atto di citazione palesa la volontà di profittare del contratto – sia dai soci stipulanti, pur nell'ipotesi in cui abbiano ceduto a terzi le loro partecipazioni sociali, in quanto la validità del patto parasociale non è legata alla permanenza della qualità di socio degli stipulanti*".

di finanziamento e, quindi, l'importanza di prendere in esame l'inserimento nel patto di clausole volte ad assicurare stabilità alla destinazione dei mezzi finanziari all'attività sociale.

### IL PERFEZIONAMENTO DI APPORTI NON PROPORZIONALI ALLE QUOTE DI PARTECIPAZIONE AL CAPITALE

Un'ulteriore profilo, inerente alla diversa tipologia degli apporti pattuiti, ricorre in ordine all'effettuazione, da parte dei soci paciscenti, di apporti non proporzionali alle quote di partecipazione al capitale.

La circostanza assume minor rilievo, a parere di chi scrive, nel caso dei finanziamenti, poiché potrà ben accadere che gli stessi non siano proporzionali alle partecipazioni dei singoli soci e ciò non determinerà alcuna conseguenza nell'equilibrio dei relativi rapporti, poiché l'entità dei versamenti effettuati (e dei relativi diritti di rimborso) risulterà agevolmente dalla corretta imputazione contabile (nella quale assumerà autonoma evidenza il debito della società nei confronti di ciascun socio).

**Il carattere non proporzionale assume maggior rilevanza nei versamenti in conto capitale**, in virtù della loro definitiva acquisizione al patrimonio della società (in maniera indistinta).

In altri termini, qualora, in sede di liquidazione della società, dopo il pagamento dei creditori, residui, oltre al capitale, in tutto od in parte, la riserva nella quale erano stati appostati i versamenti, la ripartizione di quest'ultima avverrà, in ogni caso, proporzionalmente alle quote di partecipazione di ciascun socio, anche se le riserve esistenti si sono formate mediante versamenti in conto capitale non proporzionali.

Nel patto parasociale che disciplini tali apporti, pertanto, i paciscenti potrebbero avere interesse a stabilire una forma di riequilibrio, prevedendo, ad esempio, una distribuzione degli utili futuri (eventualmente per un certo numero di esercizi) diversa da quella prevista dallo statuto, volta a compensare dei precedenti sacrifici economici i paciscenti che abbiano effettuato versamenti in conto capitale più che proporzionali rispetto alla propria quota di partecipazione.

Tali accordi, come è noto, non potranno violare il divieto del c.d. "*patto leonino*", ossia spingersi al punto di prevedere una partecipazione ai soli utili o alle sole perdite da parte di uno o più soci<sup>49</sup>.

Sarebbe anche possibile prevedere contestualmente diversi tipi di finanziamento della società, ripartendo l'onere economico di ciascuno di essi in misura diversa per i singoli paciscenti.

Nei **versamenti in conto futuro aumento**, infine, il problema della non proporzionalità si presenta particolarmente delicato sul piano contabile, poiché l'appostamento in una riserva indistinta (come accade per i versamenti in conto capitale) potrebbe pregiudicare i diritti del socio che abbia effettuato un versamento più che proporzionale rispetto alla sua quota di partecipazione.

L'inconveniente viene superato, sul piano operativo mediante l'appostamento di riserve c.d. *targate*<sup>50</sup>, le quali consentono di individuare l'importo di pertinenza di ciascun socio sia in occasione del programmato aumento sia, in mancanza di quest'ultimo, nell'ipotesi di rimborso di quanto versato.

Non sembra, quindi, che in tali casi si rendano necessari meccanismi di riequilibrio.

49 Per un corretto inquadramento del concetto di patto leonino, si rinvia a Sfameni P., *sub* art. 2350, "Azioni. Artt. 2346-2362", a cura di Notari M., in "Commentario alla riforma delle società", coordinato da Marchetti P., Bianchi L.A., Ghezzi F., Notari M., vol. II, Egea, Milano, 2008, p. 201 ss.

50 Cfr., per tutti, Magliulo F., *cit.*, p. 10 ss.

## CONCLUSIONI

I patti parasociali di finanziamento rispondono, sia nella fase di avvio dell'attività sociale che nelle situazioni di crisi dell'impresa, alle esigenze di programmazione degli apporti di mezzi finanziari dei soci alla società, consentendo di evitare o limitare il ricorso al normalmente più oneroso finanziamento bancario, in un periodo in cui l'accesso a quest'ultimo, peraltro, non risulta particolarmente agevole.

La redazione di tali accordi, caratterizzati da una tendenziale atipicità, richiederà, una preventiva valutazione circa il perseguimento di interessi meritevoli di tutela secondo il nostro ordinamento giuridico ed una particolare attenzione, in primo luogo, alla qualificazione del tipo di apporto (imputabile o meno al capitale e, in questo caso, riconducibile, a seconda della volontà dei paciscenti, al finanziamento soci, ai versamenti in conto futuro aumento capitale o ai versamenti in conto capitale), poiché da essa discendono

diversi effetti e vincoli, ad esempio in ordine ai meccanismi restitutori ed alle possibilità e modalità di impiego da parte della società. Uno dei tratti caratteristici dei patti parasociali di finanziamento risiede negli effetti favorevoli prodotti nei confronti della società e nel conseguente inquadramento nel contratto a favore di terzo, con la conseguenza che la società beneficiaria avrà la facoltà di rifiutare l'attribuzione oppure di renderla irrevocabile mediante la dichiarazione di volerne profittare, con la definitiva acquisizione del diritto a richiederne l'adempimento.

Un'attenta redazione degli accordi in esame richiederà, inoltre, come per ogni patto parasociale, in ragione degli effetti esclusivamente obbligatori, la previsione di opportuni rimedi negoziali volti a scoraggiare l'inadempimento da parte dei contraenti, senza trascurare, tuttavia, la regolamentazione di ulteriori eventualità, come gli effetti della cessione della partecipazione da parte di uno dei paciscenti e dell'esecuzione di apporti non proporzionali alle quote di partecipazione al capitale.

