

Il giudice, sciogliendo la riserva che precede, osserva quanto segue.

1. Nella riunione del c.d.a. del 14.9.2020 (doc. 2 att.) il Presidente di Valbormida ha rappresentato “la necessità del Gruppo di procedere, nell’esercizio della propria attività di direzione e coordinamento, ad una profonda riorganizzazione nell’area nazionale degli attuali processi produttivi [...] al fine di ottenere in tal modo una migliore marginalità condizione necessaria per garantire un futuro produttivo di marginalità positive. La citata riorganizzazione pone al centro l’operazione di fusione per incorporazione di RVM S.r.l. in Valbormida S.p.A. al fine di ottenere ottimizzazioni ed efficientamenti sotto il profilo prettamente industriale”.

L’operazione di fusione avrebbe l’effetto di “integrare i processi produttivi facenti capo alle due realtà aziendali, che in passato, nonostante i diversi tentativi, non è mai stato possibile realizzare in quanto non appartenenti al Gruppo, è oggi resa possibile per aver la Capogruppo FR S.r.l. in un’ottica di sviluppo, sostenuto l’acquisto della partecipazione totalitaria in RVM S.r.l. assicurando in tal modo al Gruppo la redditività della società”, redditività che in conseguenza della fusione verrebbe assicurata a Valbormida. Inoltre, “dalla sinergia conseguente alla fusione” si otterrebbero “efficienze di natura aziendale” e conseguenti risparmi economici, consistenti in: “i) risparmi a livello logistico e amministrativo (spedizioni e fatturazioni infragruppo; ii) risparmi nel numero del personale addetto a funzioni di staff e coordinamento (ad oggi duplicate); iii) risparmi nell’area dei servizi di consulenza tecnica e amministrativa”, con un ritorno economico per l’acquisto della partecipazione previsto “nell’arco di pochi anni”.

A margine, o al cuore, secondo i punti di vista, di quest’operazione di riorganizzazione interna al Gruppo, che prevede l’acquisizione da parte di Valbormida del 100% del capitale di R.V.M. e la successiva fusione per incorporazione, sta l’esigenza della Capogruppo F.R. “di reperire risorse finanziarie che la medesima destinerebbe a ridurre il proprio indebitamento con effetti significativi nel ribaltamento in capo alle controllate di parte dei costi finanziari attualmente sostenuti. Quantica quindi i vantaggi in capo a Valbormida S.p.A. che comporterebbe la citata operazione societaria straordinaria [...] sintetizzandoli in tre principali punti: 1. apporto in Valbormida delle risultanze economiche di RVM S.r.l. che, secondo le stime del Business plan, ammontano nel periodo considerato di 5 anni complessivamente in euro 3.881.000; 2. sinergie di natura economica generate dalla riorganizzazione aziendale realizzata in conseguenza della fusione per incorporazione che comportano un risparmio complessivo di euro 1.537.000 in 5 anni; 3. sinergie di natura finanziaria generate dal parziale rimborso anticipato a valere sulla linea di originari euro 4.000.000 dell’indebitamento in capo alla Capogruppo FR S.r.l. con la conseguente eliminazione del riaddebito in capo a Valbormida S.p.A. degli oneri finanziari maturati sulla medesima linea al netto



del costo medio del denaro concesso a prestito dal sistema bancario e gravante su Valbormida S.p.A.; tali sinergie comportano un risparmio complessivo di euro 416.000 in 5 anni”.

Poiché tale operazione si configura tra parti correlate, “la Controllante F.R. S.r.l. ha conferito al prof. Roberto Schiesari [...] l’incarico di esperto estimatore per la redazione di un parere valutativo del Capitale Economico riferito alla data del 31 dicembre 2019 della società RVM S.r.l.”, il quale esperto ha concluso il proprio incarico stimando un “valore di investimento per l’acquisizione da parte di Valbormida dell’intera partecipazione al capitale di RVM S.r.l. alla predetta data del 31 dicembre 2019 compreso tra euro 3.650.000,00 (base case) e euro 3.400.000,00 (worst case) specificando che detta valutazione non ha tenuto conto delle potenziali sinergie derivanti dalla prospettata fusione”, di modo che il Presidente ha concluso la propria esposizione proponendo “di procedere all’acquisto della partecipazione totalitaria al capitale della società RVM S.r.l. [...] per un corrispettivo non superiore a euro 4.000.000,00”, tenendo conto “in aggiunta alla citata valutazione peritale, dei risparmi conseguenti alle sinergie economiche e finanziarie che ammontano a quasi due milioni di euro in 5 anni”.

Infine, il Presidente ha rappresentato a verbale di riunione di ricoprire la carica di amministratore unico della società controllante/cedente F.R. S.r.l. e di possedere la quota di partecipazione di controllo nella detta società, precisato che “la propria esposizione ha messo in luce la natura i termini l’origine e la portata dell’operazione”. Anche gli altri Consiglieri Paola e Riccardo Rostagno hanno, in quella sede, dichiarato di possedere quote di partecipazione di minoranza in FR S.r.l.

Nella discussione successiva, la posizione dell’odierno attore è stata verbalizzata in questi termini: “il Consigliere Severino Canavera il quale, pur essendo favorevole ad investire sulla lavorazione meccanica per il tramite della descritta operazione, non concorda sulla valutazione del Capitale Economico della società RVM S.r.l. effettuata dal Prof. Schiesari, determinante per la formulazione del corrispettivo proposto” e la sua posizione rispetto al voto è stata qualificata di astensione dal voto.

Con la sola astensione dell’attore e il voto favorevole del presidente e di tutti gli altri consiglieri, il c.d.a. del giorno 14.9.2020 ha deliberato “1. di procedere all’acquisto della quota di partecipazione, di proprietà della Capogruppo FR S.r.l., pari a nominali euro 10.400,00 nella società RVM S.r.l. [...]; 2. di stabilire il prezzo da offrire per l’acquisto in un importo non superiore ad euro 4.000.000,00 [...]; 3. di delegare il Consigliere, signora Paola Rostagno a porre in essere, con ogni più ampio potere, quanto necessario o anche solo ritenuto opportuno per perfezionare il suddetto acquisto e quindi ad intervenire in rappresentanza della società nell’atto di acquisto della suddetta partecipazione, ad approvarlo e sottoscriverlo, a pagare il prezzo stabilito, a richiedere la quietanza della somma corrisposta, a fare e disporre in genere tutto ciò che sarà utile e necessario, anche se



non espressamente previsto dal presente verbale, per il perfezionamento dell'operazione, dando sin d'ora per rato e valido il loro operato”.

Il quadro fattuale è più complesso.

In primo luogo, la bozza di verbale (doc. 13 att.) ha degradato a “perplexità” il dissenso sulla valutazione manifestato dal Consigliere Severino Canavera in quella sede. L'attore ha reagito a questa verbalizzazione, come non rispondente al contenuto della sua manifestazione di voto, con e-mail 21.9.2020 (doc. 14 att.), ribadendo le ragioni per cui “non concorda sulla valutazione di RVM”. Sul fatto che la manifestazione del voto sia stata di “contrarietà (e non di astensione come erroneamente riportato nel verbale allibrato) in relazione alla valutazione di RVM S.r.l.” vedi anche la lettera 8.10.2020 del Presidente del Collegio sindacale (all. 4 al verbale 15.10.2020, doc. 3 att.). Entrambe le missive sono state “portate a libro” dei verbali del Consiglio d'amministrazione, come allegato al verbale della successiva riunione del 15.10.2020, come deliberato in tale riunione (vedi doc. 3 att.). L'attore non ha, invece, contestato la qualificazione del voto come “astensione”, **ma la circostanza appare non influente ai fini della sua legittimazione (vedi infra).**

In secondo luogo, nel passaggio dalla bozza al verbale definitivo, il voto del Presidente Bruno Rostagno è stato modificato da “astensione” a “voto favorevole”.

Il contratto di compravendita del 100% della partecipazione di F.R. in RVM è stato concluso in data 30.9.2020, con pagamento contestuale e unica soluzione del prezzo di euro 4 mln (doc. 4 att.).

In data 15.10.2020, con il voto contrario dell'odierno attore, il c.d.a. di Valbormida ha deliberato l'approvazione del progetto di fusione per incorporazione di R.V.M.. Come si legge nel verbale, il Presidente ha espresso il convincimento che “al fine di permettere una maggiore rapidità nella operazione stessa al fine di poter ultimare il processo di fusione entro il termine dell'esercizio e acquisire nella contabilità di Valbormida spa le risultanze contabili di RVM S.r.l. che esprimono un risultato economico positivo, è opportuno chiedere agli Azionisti di esprimere formalmente il consenso unanime a rinunciare ai termini dei trenta giorni previsti dagli artt. 2501-ter, ultimo comma, e 2501-septies, primo comma, del codice civile e propone che la fusione venga attuata applicando la disciplina semplificata dettata dal primo comma dell'art. 2505 del codice civile”. La proposta del Presidente è stata sostanzialmente recepita dalla maggioranza dei consiglieri, la quale ha deliberato: “1. di approvare la Situazione patrimoniale al 30 giugno 2020 di Valbormida S.p.A. redatta con l'osservanza delle norme del bilancio di esercizio che si allega al presente verbale e di prendere atto della Situazione patrimoniale al 30 giugno 2020 predisposta dalla società controllata RVM S.r.l.; 2. di approvare il progetto di fusione per incorporazione della società RVM S.r.l. a socio unico nella società Valbormida S.p.A. che si allega al presente verbale; 3. di chiedere agli Azionisti di esprimere formalmente il consenso unanime a rinunciare ai termini dei trenta giorni



previsti dagli artt. 2501-ter, ultimo comma, e 2501-septies, primo comma, del codice civile; 4. di rinunciare, in qualità di socio unico di RVM, al termine dei trenta giorni previsto dagli artt. 2501-ter ultimo comma e 2501-septies primo comma del codice civile; 5. di conferire al Presidente del Consiglio di amministrazione sig. Bruno Rostagno ogni più ampio potere per provvedere agli adempimenti previsti per legge [..]”.

Il progetto di fusione allegato (all. 5) al verbale prevede, in estrema sintesi: al punto II “Atto costitutivo”, che la fusione non comporterà modifiche ai patti sociali; al punto III “Modalità della fusione” che “stante la partecipazione totalitaria della società incorporante nella società incorporanda, la fusione avverrà senza aumento di capitale della Società incorporante ma per somma degli elementi patrimoniali attivi e passivi delle società partecipanti e con annullamento del capitale e degli altri elementi del patrimonio netto della società incorporanda [..]; al punto IV “Decorrenza degli effetti della fusione”, la retroattività contabile e fiscale degli effetti della fusione “a decorrere dal giorno successivo a quello della chiusura dell’ultimo esercizio della società incorporante medesima, chiusura avvenuta anteriormente all’iscrizione dell’atto di fusione nel registro delle imprese”.

2. Con citazione notificata in data 16.12.2020 Severino Canavera ha chiesto di “annullare, ai sensi dell’art. 2391 c.c., le deliberazioni del Consiglio di Amministrazione di Valbormida S.p.A. in data 14 settembre 2020 e in data 15 ottobre 2020; e, per l’effetto, annullare, ai sensi dell’art. 2391 c.c., il contratto di cessione di quote di R.V.M. S.r.l. tra F.R. S.r.l. e Valbormida S.p.A. in data 30 settembre 2020, con le condanne restitutorie conseguenti”.

Con separato ricorso, ha chiesto la sospensione *inaudita altera parte* e in via subordinata previa convocazione della controparte, della deliberazione del c.d.a. adottata in data 15.10.2020, avente a oggetto l’approvazione del progetto di fusione. Con decreto presidenziale in data 30.12.2020 l’efficacia della deliberazione è stata sospesa *inaudita altera parte*.

Valbormida s’è costituita nel procedimento cautelare, eccependo preliminarmente il difetto di competenza nel merito del tribunale in ragione della presenza nello statuto sociale di una clausola compromissoria (art. 14) e della competenza del G.I. a deliberare sull’istanza di sospensione in ragione del fatto che l’art. 35 d.lgs. 5/03 riserva “sempre” agli arbitri il potere di sospendere l’efficacia delle deliberazioni impugnate, se tali controversie sono devolute al loro esame. In merito all’istanza di sospensione, la società ha dedotto la carenza di legittimazione dell’attore a impugnare la delibera 14.9.2020, la mancanza di specifiche contestazioni all’approvazione del progetto di fusione, che l’attore ha impugnato esclusivamente come segmento finale della complessa operazione straordinaria di acquisizione e fusione di RVM, infine la vantaggiosità dell’acquisizione



di RVM dal punto di vista di Valbormida e quindi l'assenza delle condizioni per l'annullamento delle delibere. La società ha altresì contestato il pericolo nel ritardo, sotto la duplice angolazione che l'approvazione del progetto di fusione è atto preparatorio del procedimento, comunque di competenza dell'assemblea, ancora non convocata, e che, malgrado la fusione, comunque di interesse della società, il pregiudizio economico eventualmente patito dalla società, per l'effetto di un prezzo di acquisizione superiore al giusto, sarebbe pur sempre ristorabile per equivalente.

3. In via pregiudiziale, la convenuta eccepisce l'incompetenza del Tribunale a decidere sull'istanza di sospensione ex art. 2378 c.c., poiché lo statuto di Valbormida prevede una clausola compromissoria (art. 14), che in tesi trova applicazione al caso di specie, e "agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera" (art. 35 comma 5 d.lgs. 17.1.2003 n. 5).

La convenuta ammette che un consistente orientamento giurisprudenziale riconosce una competenza concorrente del giudice ordinario, ma ritiene che tale competenza sia inapplicabile al caso di specie, poiché dovrebbe subentrare nei soli "casi cui venga prospettata dal ricorrente la concreta impossibilità di adire tempestivamente l'arbitro per chiedere il provvedimento cautelare" e che "il ricorrente dimostri di aver avviato il procedimento arbitrale ovvero di non averlo ancora fatto, per ragioni oggettive, e che deduca che il lasso di tempo necessario alla costituzione del collegio possa pregiudicare l'efficacia della misura cautelare richiesta".

Per contro, nel caso di specie, "non solo tale prospettazione manca del tutto (non avendo il ricorrente proposto la domanda arbitrale, né fornito spiegazioni sul perché abbia atteso due mesi prima di notificare la citazione e quasi tre mesi per la proposizione della domanda cautelare), ma addirittura il ricorrente ha adito nel merito il Giudice ordinario chiedendo poi allo stesso l'emissione del provvedimento cautelare, in corso di causa! Considerato il periodo trascorso dall'adozione della delibera impugnata e di cui il ricorrente chiede la sospensione (15 ottobre 2020), Severino Antonio Cavanera avrebbe peraltro avuto ampiamente la possibilità di instaurare il giudizio arbitrale e di ottenere la costituzione del collegio prima della stipula dell'atto di fusione (che avrebbe comunque richiesto almeno ulteriori tre mesi, necessari per poter assumere la delibera di fusione e, decorso il termine di sessanta giorni di cui all'art. 2503 cod. civ.)" (memoria pag. 10 ss.).

Ai fini della corretta interpretazione dell'art. 35, due considerazioni sono necessarie. Primo, l'insediamento dell'arbitro richiede che l'attore faccia il ricorso per la nomina, che l'arbitro (o gli arbitri) sia nominato, accetti e provveda alla convocazione delle parti davanti a sé. Mentre il ricorso per la nomina rientra nella disponibilità del ricorrente, le altre fasi sono estranee alla sua sfera di controllo, di modo che esiste – ed è circostanza riconosciuta dall'orientamento giurisprudenziale



maggioritario (benché non unanime) – un intervallo di tempo in cui il collegio arbitrale o l'ufficio dell'arbitro unico non è ancora costituito e non è in grado di provvedere.

Secondo, l'effettività della tutela giurisdizionale non consente di ammettere vuoti di tutela cautelare che possano consentire, per il tramite dell'esecuzione della delibera impugnata, il prodursi di effetti sostanziali difficilmente o non più reversibili, poiché secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, "la disponibilità di misure cautelari costituisce espressione precipua del principio per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione" (Corte cost. n. 253 del 1994; v. anche Corte cost. n. 161 del 2000 e n. 190 del 1985).

L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art.35 non può pertanto implicare una riserva assoluta di competenza a pronunciare sull'istanza cautelare a un arbitro (o collegio arbitrale) che non è ancora insediato e in grado di provvedere, poiché ciò vanificherebbe il presidio della tutela cautelare, e comporta che "fino al momento in cui l'organo arbitrale non sia concretamente in grado di provvedere deve riconoscersi la competenza del giudice ordinario sull'istanza di sospensione della delibera": cfr. in tal senso, da ultimo, Trib. Milano 7.3.2018 (in Società, 2018, 8-9, 996), Trib. Milano 28.2.2014 (in Società, 2014, 6, 751, Trib. Roma 3.5.2013 (in Società, 2014, 3, 360), Trib. Napoli 6.2.2012 (in Società, 2012, 4, 461).

La convenuta propone però un particolare taglio interpretativo dell'art. 35, dove la supplenza giudiziaria è subordinata alla condizione implicita della non imputabilità al ricorrente dell'assenza di un collegio arbitrale e alla concreta urgenza di provvedere nel lasso di tempo ragionevolmente necessario al suo insediamento. Nella specie, l'uno e l'altro requisito dovrebbero ritenersi insussistenti perché: 1) l'attore, pur avendo proposto l'istanza di sospensione in corso di causa, come richiesto dall'art. 2378 c.c., non ha fatto ricorso per la nomina degli arbitri, ma ha adito il giudice ordinario, *prima facie* incompetente ai sensi dell'art. 14 dello statuto; 2) i tempi del procedimento di fusione avrebbero consentito all'attore di provocare la costituzione del collegio arbitrale in tempo utile per sospendere l'efficacia del provvedimento.

L'argomento è brillante, ma infondato. Il tema s'articola in due questioni: 1) se il giudice davanti al quale pende la causa adito abbia il potere di pronunciare su istanze cautelari in corso di causa, ancorché incompetente a decidere il merito, per essere competente altro giudice ordinario; 2) se la medesima soluzione possa essere estesa nel caso di devoluzione della controversia in arbitrato.

Il titolo di competenza a pronunciare provvedimenti cautelari in corso di causa non consiste nella competenza per il merito (art. 669-ter c.p.c.), ma nell'attuale pendenza della lite avanti al giudice: "quando vi è causa pendente per il merito la domanda deve essere proposta al giudice della stessa" (art. 669-quater c.p.c.).



La previsione risponde a plurime esigenze: a) concentrare la cognizione avanti a un unico giudice, nella misura in cui è esclusa la competenza di altri fori concorrenti; b) semplificare la soluzione delle questioni concernenti la competenza nella fase di emanazione di provvedimenti cautelari; c) evitare un possibile vuoto di tutela nel caso in cui il giudice adito risulti incompetente a conoscere il merito.

Ha ben osservato il Tribunale di Milano che questa scelta interpretativa “presenta certo degli inconvenienti, e in particolare quello di prestarsi alla scelta del giudice, ove il ricorrente introduca la causa di merito davanti a un giudice incompetente, senza che l’eccezione di incompetenza possa paralizzare la pronuncia cautelare, che potrà essere emanata anche ove il giudice adito ritenga l’eccezione fondata. L’inconveniente ora evidenziato non sembra tuttavia sufficiente a superare il tenore letterale della norma, che fissa un nesso assoluto tra cautela e merito, all’evidente scopo di semplificare la soluzione delle questioni concernenti la competenza nella fase di emanazione di provvedimenti di urgenza, in cui sembra prevalere, nell’intenzione del legislatore, l’esigenza di dare risposta urgente a un pericolo di danno imminente” (Trib. Milano sez. impresa 22.2.2016 e 8.11.2018, entrambi su *Giurisprudenza delle imprese*).

In termini analoghi anche Trib. Roma sez. impresa 16.3.2015 (sullo stesso sito web) ritiene che l’eccezione di incompetenza per il merito non possa proporsi, al fine di paralizzare il potere del giudice di concedere una misura in corso di causa, e qualifica l’art. 669-quater c.p.c. come fonte di competenza funzionale.

Aspetto della “semplificazione” sopra cit., com’è evidente dal sia pur sofferto riconoscimento che la norma lascia possibilità di *forum shopping*, è che la competenza funzionale del giudice avanti al quale pende la causa è incondizionata, i.e. non subordinata alla non imputabilità all’attore della scelta di adire il giudice incompetente, né all’impossibilità di trasferire il giudizio avanti al giudice competente in tempo utile per impedire il verificarsi del danno.

Infine, segue dalla competenza funzionale del giudice, davanti al quale la causa pende, a concedere misure cautelari, indipendentemente dalla sua competenza per il merito, che tali provvedimenti non possono essere travolti dalla sopravvenuta declaratoria di incompetenza e sopravvivono a condizione che la causa “proseguia” ex art. 50 c.p.c. davanti al giudice dichiarato competente nel termine perentorio assegnato per la riassunzione. In tale senso cfr. la cit. sentenza del Trib. Milano sez. impresa 8.11.2018 che ha motivatamente respinto le eccezioni di sopravvenuta inefficacia del sequestro concesso in conseguenza della dichiarata incompetenza nel merito (pag. 15-16)¹.

¹ “se il procedimento cautelare in corso di causa deve necessariamente essere avviato avanti il giudice del pendente giudizio di merito, a prescindere dalla sua corretta individuazione per competenza, ed il relativo provvedimento è dunque valido ed efficace a prescindere da quella corretta individuazione, allora non si vede come l’individuazione del (diverso) giudice competente, avanti il quale il medesimo processo di merito deve continuare, possa determinare la



Non v'è ragion sufficiente per trattare diversamente l'incompetenza a favore degli arbitri: l'orientamento maggioritario, come s'è visto, ammette il potere del giudice ordinario di concedere la sospensiva fino a che non esiste un arbitro insediato in grado di provvedere e questa scelta interpretativa è coerente con l'art. 669-quater c.p.c., con il quale condivide almeno una/due delle ragioni sottese, ossia la prevalenza della pronta tutela cautelare sul corretto riparto delle competenze. Infine, l'utilità della sospensiva concessa dal giudice ordinario non è travolta dalla successiva dichiarazione di incompetenza, poiché anche tra giudizio ordinario e arbitrato opera la *translatio iudicii*, con gli effetti dell'art. 50 c.p.c., a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 819-ter c.p.c. (C(inorte cost. 19.7.2013 n. 223).

L'eccezione di incompetenza deve quindi respingersi.

4. La società contesta la legittimazione del Consigliere Canavera a impugnare la delibera del 14.9.2020, essendosi astenuto senza esprimere voto contrario. Il fondamento dell'eccezione consiste, evidentemente, nell'art. 2388 co. 4 c.c. dove la legittimazione a impugnare le delibere che non sono prese in conformità della legge o dello statuto è riservata, oltre che al collegio sindacale, ai soli amministratori "assenti o dissenzienti", previsione questa che è in genere intesa in senso restrittivo e non comprende l'amministratore presente, che ha manifestato la propria astensione dal voto (in questo senso vedi Trib. Milano 14.5.2010 in *Giur. it.* 2011, 353).

Il fondamento dell'impugnazione non consiste, tuttavia, nella generica contrarietà a legge o statuto della deliberazione, ma nella violazione dell'art. 2391 co. 3 c.c. che riguarda l'invalidità delle delibere che siano state adottate nella "inosservanza di quanto disposto nei due precedenti commi" o "con il voto determinante dell'amministratore interessato", qualora possano "recare danno alla società". Le tre ipotesi delineate sono tra loro alternative e consistono: nella omessa o insufficiente comunicazione, da parte dell'amministratore interessato, circa la "natura, termini, origine e portata" del suo interesse all'operazione (comma 1); nella insufficiente o contraddittoria motivazione delle ragioni di convenienza dell'operazione, dal punto di vista della società (comma 2); nell'adozione della delibera con il voto determinante dell'amministratore interessato. Requisito comune a ciascuna delle tre ipotesi è la potenzialità dannosa della delibera.

sopravvenuta invalidità od inefficacia di un provvedimento tra i cui presupposti non v'è la corretta individuazione del giudice competente, oppure impedire il valido ed efficace trasferimento innanzi a quel giudice anche del provvedimento assunto in corso di causa per cautelare il diritto che del processo di merito è stato e continua ad essere oggetto. Cioè, infine, è proprio il legame forte tra il procedimento cautelare in corso di causa e giudizio di merito - a fronte dell'irrelevanza della questione di competenza ad emettere il provvedimento cautelare e della circostanza che la declaratoria di incompetenza per territorio comporta la prosecuzione del giudizio e non tange la sua idoneità a produrre una decisione di merito - a far concludere che essa prosecuzione include ed implica la perdurante validità ed efficacia del provvedimento cautelare validamente assunto in pendenza del giudizio di merito avanti al giudice poi riconosciutosi incompetente".



Seppure si tratti di requisito necessario non sufficiente, la potenzialità dannosa è dunque “il cuore” dell’invalidità e – ritiene lo scrivente – è anche criterio di interpretazione, nei termini più ampi, della legittimazione a proporre l’azione di annullamento, stante il fatto che, in generale, gli amministratori sono tenuti a fare quanto è in loro potere per impedire, eliminare o attenuare le conseguenze dannose dei fatti pregiudizievoli di cui siano venuti a conoscenza (cfr. art. 2392 co. 2 c.c.) e che l’amministratore astenuto dal voto non può essere qualificato intuitivamente come “consenziente alla deliberazione”, unico soggetto a cui l’art. 2391 co. 3 c.c. nega la legittimazione a impugnare e solo “se sono stati adempiuti gli obblighi di informazione previsti dal primo comma”. L’eccezione di carenza di legittimazione a impugnare la delibera 14.9.2020 e quindi di interesse a contestare l’approvazione del progetto di fusione deve dunque respingersi.

5. Non è strettamente essenziale, e deve riservarsi all’eventuale merito, l’esame delle condizioni per l’annullamento della delibera 14.9.2020 e del contratto di compravendita della partecipazione, considerando che, da un lato, è certo è che la delibera è stata adottata col voto determinante del Presidente Bruno Rostagno, dichiaratamente portatore di un interesse all’operazione, poiché l’art. 8.3. dello statuto sociale prevede un quorum deliberativo di 4 su 5 consiglieri, dall’altro è questione ancora non liquida e bisognosa di un approfondimento istruttorio quella che attiene alla comparazione tra il prezzo pagato per l’acquisto, più che doppio rispetto ai valori storici della RVM (vedi la nota tecnica del prof. Gabriele Villa doc. 24 att.), e i vantaggi compensativi portati alla Valbormida, che appare difficile disconoscere, a partire dall’*insourcing* di funzioni che, secondo lo stesso attore, per i prezzi praticati, avevano un impatto negativo sulla marginalità di Valbormida.

6. Il nucleo del *periculum* che, in tesi dell’attore, rende necessaria la sospensione dell’efficacia della delibera consiste in queste concorrenti considerazioni: 1) l’incorporazione di R.V.M. S.r.l. comporta il puro e semplice annullamento, senza concambio, della partecipazione che Valbormida S.p.A. ha acquistato da F.R. S.r.l., assenza di concambio conseguente all’assenza di soci terzi nel capitale della incorporata; 2) l’esecuzione della fusione, con le iscrizioni dell’atto nel registro delle imprese di incorporante e incorporata, impedisce di dichiarare la nullità della fusione, secondo il noto art. 2504 c.c., rendendone irreversibili gli effetti, compreso l’annullamento della partecipazione; 3) per conseguenza, la fusione rende impossibili o più difficili tra Valbormida e F.R. le reciproche restituzioni conseguenti all’annullamento (auspicato e oggetto di domanda) del contratto di compravendita del 30.9.2020, poiché Valbormida pur avendo titolo a ripetere il prezzo versato non potrebbe, a propria volta, offrire in restituzione una partecipazione che non esiste più.

Le particolari ragioni di urgenza consistono nel fatto che “il Consiglio di Amministrazione di Valbormida <ha anche deliberato di chiedere ai soci di “rinunciare al termine dei trenta giorni previsto dagli art. 2501-ter, ultimo comma, e 2501-septies, primo comma, del Codice civile” (doc.



3, pag. 6), sicché è evidente il tentativo di “forzare la mano” e impedire eventuali impugnative¹⁰, così rendendo definitiva l’Operazione. Inoltre, il Presidente Bruno Rostagno ha anche precisato di avere l’obiettivo di “ultimare il processo di fusione entro il termine dell’esercizio” (ricorso pag. 11). Deduce, per contro, la società che “la delibera impugnata e ora sospesa dal provvedimento presidenziale (concesso illegittimamente inaudita altera parte) consiste solo nell’approvazione del progetto di fusione e NON nella delibera di fusione, che non è ancora stata assunta. Pertanto, non vi è alcun rischio che le società Valbormida e R.V.M. possano, allo stato attuale e sulla base delle delibere finora assunte, stipulare l’atto di fusione, dato che prima dovranno, per legge, assumere tramite i rispettivi organi competenti le delibere di fusione, da iscrivere al registro delle imprese, cui dovrà fare seguito il decorso del termine di sessanta giorni per l’opposizione dei creditori di cui all’art. 2503 cod. civ.

Non vi era quindi alcun *periculum in mora* al momento della richiesta di provvedimento cautelare, come non vi è ora” (memoria, pag. 25).

La difesa della società è tecnicamente corretta, ma praticamente inconcludente. L’approvazione del progetto di fusione da parte dell’organo amministrativo è l’atto iniziale del procedimento e contiene la proposta che gli organi amministrativi delle due società dirigono ai soci, ai quali compete la decisione in ordine alla fusione (art. 2502 c.c.).

Risponde al vero che “la fusione per incorporazione di una società in un’altra che possiede tutte le azioni o quote della prima” è oggetto di semplificazioni procedurali ai sensi dell’art. 2505 c.c., ma appare necessario distinguere.

Il co. 1 dichiara la superfluità dei contenuti del progetto di fusione attinenti al concambio azionario, in ragione dell’assenza di soci terzi nell’incorporata e il puro e semplice annullamento delle partecipazioni possedute dall’incorporante (cfr. progetto, punto III). Per lo stesso motivo, non è necessaria alcuna relazione degli esperti (art. 2501-sexies). La preminente funzione che la fusione assume in questo contesto, di riorganizzazione e razionalizzazione dell’impresa, anziché di aggregazione, spiega anche la non necessità di un’articolata relazione degli amministratori (art. 2501-quinquies). Queste semplificazioni non tolgono all’assemblea dei soci la sua ordinaria competenza ad approvare il progetto di fusione degli amministratori e autorizzare l’atto di fusione.

Il secondo comma prevede una semplificazione differente, per certi aspetti più intensa, perché consente allo statuto di attribuire la competenza a decidere per atto pubblico l’incorporazione di una società interamente partecipata ai rispettivi organi amministrativi delle due società, anziché all’assemblea. Pur in questo caso, devono essere osservate le formalità del deposito del progetto di fusione nel registro delle imprese (art. 2501-ter) e del deposito di atti presso la sede sociale dell’incorporante (art. 2501-septies). Inoltre, i soci dell’incorporante che rappresentino almeno il



5% del capitale sociale hanno titolo ad avocare all'assemblea dei soci la decisione sulla fusione, facendone domanda nel breve termine di legge di 8 giorni.

Questo secondo comma è, tuttavia, inapplicabile al caso di specie, perché appare non esservi una previsione statutaria che autorizzi il consiglio a decidere la fusione in luogo dell'assemblea e perché, in ogni caso, la proposta del Presidente è stata fatta ai sensi dell'art. 2505, primo comma (vedi sopra).

Restando nell'ambito del primo comma dell'art. 2505, ritiene nondimeno lo scrivente che la riserva all'assemblea della competenza a decidere sulla fusione non sia sufficiente a escludere la legittimazione e l'interesse del singolo consigliere a impugnare l'approvazione del progetto di fusione, stante il fatto che egli non ha alcuna autonoma legittimazione a impugnare ex art. 2377 c.c. il deliberato assembleare, la quale compete invece al consiglio nel suo insieme, salvo che la delibera assembleare pregiudichi direttamente e immediatamente un diritto personale dell'amministratore (in tal senso vedi Cass. 2.8.1977 n. 3422; Cass. 5.6.2003 n. 8992 e Cass. 12.1.2010 n. 259 in motivazione). Una regola di segno opposto è stata prevista nella riforma del 2003, com'è noto, per le S.r.l. dove "ciascun amministratore" ha titolo ad agire per l'annullamento delle decisioni dei soci. Ora l'odierno attore è (e resterà) minoranza in consiglio e non risulta essere titolare di diritti di voto che gli consentano di agire per l'annullamento della deliberazione dei soci, poiché dalla narrativa della memoria della società (pag. 2), risulta titolare di azioni con diritto di voto per il 3,59% (oltre a un 2% in nuda proprietà), pertanto inferiori alla soglia di legge del 5%. Pertanto, è evidente che questo procedimento è l'ultima chance (certa) che l'attore ha di arrestare l'esito del procedimento di fusione, che egli ritiene fonte di pregiudizio irreparabile per la società.

7. L'annullamento della partecipazione in RVM, come conseguenza dell'efficacia della fusione, comporta l'impossibilità di restituire la medesima a F.R. S.r.l., nel caso che si ottenga l'annullamento del contratto ex art. 2391 c.c., ma non l'impossibilità di regolare in denaro le reciproche restituzioni, secondo le regole dell'indebito oggettivo, che regolano diffusamente il caso (artt. 2037 e 2038 c.c.) il caso dell'impossibilità di restituzione in natura, per alienazione, perimento o altra causa prevedendo la restituzione dell'arricchimento o del valore.

L'orientamento è stabile e assai ampio e vale "nei casi di nullità (v. Cass., 12/5/2014, n. 10250; Cass., 15/7/2011, n. 15669; Cass., 13/4/2005, n. 7651), annullabilità (v. Cass., 10/7/2008, n. 18886; Cass., 12/12/2003, n. 19052; Cass., 1 ° /8/2001, n. 10498) risoluzione e rescissione (v. Cass., 10/7/2008, n. 18886; Cass., 15/10/2007, n. 21587; Cass., 15/1/2007, n. 738; Cass., 1 ° /8/2001, n. 10498) del contratto" così da ultimo Cass. 28.3.2017 n. 7867, in *Giur. it.*, 2018, 2101).

Ammesso dunque che il prezzo non corrisponda, sia pure in larga approssimazione, al valore della partecipazione alla data della conclusione del contratto e che il parere Schiesari – commissionato da



F.R. e recepito dal C.d.a. di Valbormida, pertanto implicitamente assunto da entrambe le parti come base negoziale per la formazione del prezzo – e poi la delibera del C.d.a. abbiano “gonfiato”, pressoché raddoppiato, tale valore al fine di creare un titolo giuridico per trasferire a F.R. la cassa di Valbormida (questa è in definitiva la tesi dell’attore), la differenza prezzo valore sarebbe nondimeno ripetibile da parte della compratrice.

L’attore dichiara di temere che Valbormida non possa ripetere utilmente da F.R. S.r.l. il prezzo di 4 mln di euro versato, stante l’indebitamento della venditrice e della famiglia Rostagno nei confronti del sistema bancario. Quale sia l’indebitamento all’attualità di F.R. e della famiglia Rostagno non è dato conoscere, mentre appare ragionevolmente certo, perfino ammesso dal Presidente nel verbale del 14.9.2020, che il prezzo serviva a ridurre sensibilmente il debito finanziario di F.R. nei confronti di Banca IFIS.

A prescindere dall’esposizione di F.R., sta il fatto che il rischio paventato s’è già materializzato, con il pagamento del prezzo, e non può essere allontanato con la sospensione del procedimento di fusione. Semmai, proprio l’attuazione del procedimento di fusione, limitando l’esposizione di Valbormida nei confronti di F.R. al differenziale tra prezzo e valore di RVM, avrebbe il risultato utile (indiretto e non ricercato) di contenere il rischio paventato dall’attore.

In ultimo, l’attore ha dedotto che il contratto di compravendita 30.9.2020 non contiene alcuna delle garanzie specifiche sulla consistenza e qualità del patrimonio, sull’assenza di rischi legati all’applicazione delle normative lavoristiche, fiscali, ecologiche ecc. che sono di comune impiego nella negoziazione di pacchetti di controllo.

Il rischio che su Valbormida piombino, come conseguenza della fusione, sopravvenienze fiscali o lavoristiche, contro cui essa non avrebbe garanzia di indennità dalla venditrice appare tuttavia improbabile, avuto riguardo alla storia della società e, in particolare, alla circostanza che nei precedenti contratti di compravendita di quote RVM (si trattava, in tutti i casi, del 50%) queste sopravvenienze non risultano essere mai state regolate e che lo stesso parere Schiesari ha dato atto che non risultano contenziosi aperti, salvo uno in Commissione tributaria, vinto in entrambi i gradi di giudizio.

In definitiva, il ricorso deve respingersi perché, nella valutazione comparativa tra l’interesse della società a eseguire la fusione e integrare nella propria struttura produttiva il ciclo delle lavorazioni meccaniche che oggi è imputabile a RVM e l’interesse dell’attore a evitare possibili rischi giuridici derivanti dalla fusione (controversie sul “valore” della partecipazione, sopravvenienze non indennizzabili), il primo appare preminente e dotato di maggior spessore e certezza.

PQM



revoca la sospensione dell'efficacia della deliberazione 15.10.2020 del C.d.a. di Valbormida S.p.A. avente a oggetto l'approvazione del progetto di fusione per incorporazione di RVM S.r.l.; riserva al merito il regolamento delle spese.

Si comunichi

Torino, 26.2.2021

Il giudice
(dott. Enrico Astuni)

