

A.B.1 - (LEGITTIMITÀ DELLE CLAUSOLE CHE PREVEDONO LO SVOLGIMENTO DI UNA ATTIVITÀ ECONOMICA CON CRITERI DIVERSI DA QUELLO DEL MASSIMO PROFITTO - 1° pubb. 10/23 – motivato 10/23)

Nel nostro ordinamento non sussiste alcuna disposizione positiva o principio di diritto che imponga agli amministratori di società lucrative di attuare l'oggetto sociale avendo riguardo al solo interesse dei soci alla massimizzazione dei profitti.

Al contrario, l'art. 41, comma 2, Cost. dispone che l'esercizio di una qualunque attività economica, ossia la ricerca di un profitto, non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

A quanto sopra consegue che sono legittime le clausole dell'atto costitutivo/statuto che, fermo restando quanto genericamente disposto dall'art. 41 Cost., dettano specifiche regole etiche e/o di sostenibilità che devono essere rispettate nella gestione della società, anche a scapito della massimizzazione dei profitti e della efficienza produttiva.

Dette clausole integrano esclusivamente una modalità di perseguimento del fine di lucro senza aggiungere ad esso un ulteriore fine di utilità sociale, fine quest'ultimo di per sé estraneo al contratto di società come definito dall'art. 2247 c.c. e che pertanto non può essere inserito nell'oggetto sociale.

Motivazione

Nell'edizione 2023 della raccolta degli orientamenti è stato istituito il presente paragrafo A.B. dedicato ai temi ESG (Environmental, Social, Governance) e alle clausole sulla sostenibilità.

L'Orientamento A.A.15 pubblicato nel 2022, che affrontava per primo tali argomenti, è stato quindi abrogato per motivi sistematici e qui trasferito con lievi modifiche e con la individuazione alfanumerica A.B.1.

Sono definite "clausole di sostenibilità" tutte le clausole statutarie che costituiscono espressione di ideali collettivi, valori sociali e principi etici, quali la protezione dell'ambiente, la promozione del lavoro, la cura e il benessere dei dipendenti e della collettività, e in generale di un impegno di salvaguardia dei diversi interessi non economici implicati nell'attività di impresa, potendosi le medesime declinare non solo sul piano della perimetrazione dell'attività che costituisce l'oggetto sociale, ma anche sul piano delle modalità di conseguimento dello stesso, con funzione di definizione delle linee di condotta degli amministratori sia in forma impositiva di strategie o categorie di operazioni, che in forma preclusiva delle stesse.

Dette clausole si differenziano dalla previsione statutaria "pura" di eterodestinazione di utili – legittima alla luce della giurisprudenza, sia di merito che di legittimità – poiché in esse la sostenibilità, come sopra definita, colora e informa di sé l'operato degli amministratori, assurgendo a criterio di qualificazione [per la giurisprudenza in tema di previsione statutaria pura di eterodestinazione degli utili cfr. Tribunale di Perugia 26 aprile 1993: "*Può essere introdotta a maggioranza una clausola statutaria che imponga all'assemblea la destinazione di una parte degli utili netti annuali in beneficenza, quando essa non sia incompatibile con lo scopo di lucro, desumibile dallo statuto nel suo complesso, e la prevista eterodestinazione degli utili sia giustificata dallo scopo di promuovere, anche indirettamente, l'immagine della società*"; Cassazione 11 dicembre 2000, n. 15599: "*la fusione per incorporazione tra società di capitali, pur*

comportando effetti più pregnanti rispetto ad una modifica dell'atto costitutivo, deve essere deliberata dall'assemblea straordinaria delle società che vi partecipano, con le maggioranze all'uopo previste, e non all'unanimità, a nulla rilevando che, come nella specie, lo statuto della società incorporante prevedeva una clausola di destinazione di una parte degli utili in beneficenza, giacché tale clausola non incide sulla comunione di interessi creata con il contratto sociale e non è idonea, in linea di principio, ad eludere lo scopo lucrativo perseguito dalla società”].

Per effetto di tali clausole di sostenibilità i diversi interessi coinvolti nell'esercizio dell'attività di impresa finiscono per connotare le modalità di svolgimento della stessa, generando un circolo virtuoso che, tramite il bilanciamento dell'interesse dei soci alla massimizzazione del profitto con quelli degli stakeholders, integra il progresso sociale nel processo di sviluppo economico dell'impresa e consente nel lungo termine alla stessa di differenziarsi sul mercato, acquisire efficienza e aumentare le proprie competitività e produttività.

Ciò considerato, simili clausole statutarie di sostenibilità si ritengono legittime, anche in mancanza di adozione della qualifica di società benefit di cui all'art. 1, commi 376 e seguenti della L. 28 dicembre 2015 n. 208.

Infatti, se il dichiarato scopo della citata disciplina sulle società benefit è quello di “promuovere la costituzione e favorire la diffusione” di società che perseguano, nell'esercizio dell'attività economica, finalità di “beneficio comune”, non può non ritenersi ammissibile il perseguimento di analoghe finalità senza che ad esso siano ricollegabili i vantaggi reputazionali derivanti dall'utilizzo della denominazione “società benefit”, peraltro meramente facoltativo e, se abusivo, sanzionato ai sensi delle disposizioni in materia di pubblicità ingannevole e del codice del consumo.

In altri termini il perseguimento di finalità di beneficio comune è consentito, nei limiti di cui infra, a qualsiasi società lucrativa, ma solo quelle che adempiano gli oneri previsti dalla legge possono avvalersi della denominazione privilegiata.

Con riguardo al modello azionario, in relazione al quale la rigidità della struttura organizzativa circoscrive la possibilità che lo statuto attribuisca competenze gestorie agli azionisti, l'ammissibilità delle “clausole di sostenibilità” trova un doppio limite:

- sul piano funzionale, nel carattere produttivo dell'attività d'impresa e nello scopo lucrativo dell'iniziativa societaria, che non sono revocabili in dubbio dall'autonomia statutaria;
- sul piano endo-organizzativo, nel principio di esclusività della funzione gestoria che presidia il ruolo dell'organo amministrativo nella società per azioni, il quale non è riducibile a mera attuazione di un pro-gramma predefinito che identifichi una determinata attività nei singoli atti destinati a comporla.

Sono dunque ammissibili clausole statutarie che si limitino ad innestare interessi diversi nell'ambito della funzione lucrativa tipica dell'istituto societario nella misura in cui la seconda non ne risulti sostanzialmente compromessa (detto limite è stato evidenziato anche dalla giurisprudenza sopra citata, pur in tema di eterodestinazione “pura” degli utili).

Non si ritiene ammissibile, invece, la previsione, tra quelle che costituiscono l'oggetto sociale, di attività ideali che affianchino, seppure in modo non prevalente, quelle economiche.

Quindi il primo strumento di intervento statutario in funzione dell'inserimento di finalità di sostenibilità è l'agire sul piano della perimetrazione dell'attività economica che costituisce l'oggetto sociale. Tale perimetrazione ha l'effetto di vincolare l'organo gestorio in quanto pone una

limitazione dei poteri dello stesso in relazione al disposto del art. 2380 bis c.c. (quantomeno sul piano interno, posto che nei rapporti esterni vige il principio di cui all'art. 2384, comma 2 c.c.).

Parallelamente alla perimetrazione dell'attività economica che costituisce l'oggetto sociale è possibile statutariamente operare in funzione della sostenibilità, ponendo limitazioni ai poteri gestori ex art. 2384, comma 2 c.c. Entrambi tali strumenti concorrono a determinare complessivamente le prerogative gestorie dell'organo amministrativo, fermo il principio dell'esclusività dei poteri gestori in capo al medesimo organo. Non contraddice tale fondamentale principio della s.p.a. la possibilità che il compimento di specifici atti gestori sia eventualmente subordinato all'autorizzazione dell'assemblea ordinaria ex art. 2364, comma 1, n. 5) c.c., considerata la valenza meramente autorizzativa della stessa e ferma in ogni caso la responsabilità dell'organo gestorio per gli atti compiuti. Anche tale strumento potrà essere utilizzato per circoscrivere e modellare l'operatività dell'organo gestorio in funzione della sostenibilità.

Pertanto, le clausole di sostenibilità possono essere declinate sul piano delle modalità di conseguimento dello stesso oggetto sociale, quali l'enunciazione dei principi etico-sociali che dovranno informare l'operato dell'organo amministrativo ovvero la definizione delle linee di condotta del medesimo organo, sia in forma impositiva che in forma preclusiva rispetto all'adozione di determinate strategie o categorie di operazioni.

Solo all'interno quindi della struttura così delineata opera il principio di esclusività della funzione gestoria. Tali clausole rappresentano, infatti, una "limitazione" statutaria ai poteri gestori dell'organo amministrativo ex art. 2384, comma 2, c.c. – o, per meglio dire, disciplinano i poteri dell'organo amministrativo – e incidono dunque, nei soli rapporti inter-ni, sulla responsabilità in capo allo stesso.

Dal punto di vista operativo in realtà tali clausole ampliano la discrezionalità dell'organo amministrativo, riconoscendo allo stesso la possibilità di definire strategie d'impresa volte al raggiungimento di un equilibrio tra i diversi interessi implicati nonché di assumere decisioni gestorie che non abbiano come obiettivo esclusivo quello di incrementare la redditività della partecipazione sociale e che, nel breve periodo, possano anche avere un impatto negativo sulla stessa, purché in un'ottica di complessiva crescita del valore della società (per tutte le considerazioni svolte e per ulteriori approfondimenti sul tema si rinvia a Marco Cian, "Clausole statutarie per la sostenibilità dell'impresa: spazi, limiti e implicazioni" in Riv. Soc., 2-3, 2021, 475 ss.).

Con particolare riguardo alla clausola di destinazione di utili a finalità di sostenibilità, è opportuno precisare che l'eterodestinazione deve comunque essere funzionale o correlata allo svolgimento dell'attività economica che costituisce l'oggetto sociale e che, avendo la decisione di effettiva destinazione di un determinato importo ad un determinato beneficiario carattere gestorio, all'assemblea dei soci può essere statutariamente consentito esclusivamente di subordinare la decisione gestoria medesima alla preventiva autorizzazione dell'assemblea ordinaria ai sensi dell'art. 2364, comma 1, n. 5 c.c. ovvero al rispetto di un limite massimo previsto dallo statuto (che, in analogia con quanto previsto dall'art. 2447-bis c.c. in tema di patrimoni destinati ad uno specifico affare nonché dall'art. 13 D. Lgs. n. 36/2021 in tema di società sportive professionistiche, potrebbe essere rappresentato dal 10% degli utili).

Per quanto riguarda la previsione nelle decisioni dell'organo amministrativo di integrazione degli interessi degli stakeholders o di obblighi di consultazione con gli stessi, resta inteso che tali obblighi assumono rilievo esclusivamente procedimentale senza poter giungere a imporre agli

amministratori l'esecuzione di atti gestori, la cui decisione rimane necessariamente, così come la correlativa responsabilità, in capo all'organo amministrativo medesimo.

Infine, è possibile prevedere requisiti di carattere etico per l'assunzione delle partecipazioni sociali.

Tale clausola assume la qualifica di clausola di gradimento con la necessità che siano analiticamente indicati i requisiti di sostenibilità che deve rivestire il socio al fine di non spostare la clausola nell'ambito del gradimento mero.