

11

Dalla *benefit corporation* alla società *benefit*

a cura di

Barbara De Donno
Livia Ventura



Dipartimento di Giurisprudenza

Collana Studi – II Serie

11

Dalla *benefit corporation* alla società *benefit*

B. De Donno
L. Ventura



CACUCCI  EDITORE
BARI

ISBN 978-88-6611-790-2



9 788866 117902

€ 16,00



Dipartimento di Giurisprudenza

Collana Studi – II Serie

11

Collana diretta da Antonio Nuzzo

Comitato scientifico

Marcello Clarich, Angela Del Vecchio, Toni Fine, Gian Domenico Mosco,
Roberto Pessi, Antonio Punzi, Michele Tamponi, John A.E. Vervaele

**DALLA *BENEFIT CORPORATION*
ALLA SOCIETÀ *BENEFIT***

**a cura di
Barbara De Donno – Livia Ventura**

CACUCCI  EDITORE
BARI

La pubblicazione del presente volume è stata finanziata integralmente dal Dipartimento di Giurisprudenza della LUISS Guido Carli.

Il volume è stato sottoposto ad una procedura di valutazione anonima di *double blind peer review* svolta da due professori esterni al Dipartimento di Giurisprudenza della LUISS Guido Carli.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2018 Cacucci Editore – Bari

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220

<http://www.cacucci.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

INDICE

Dalla <i>benefit corporation</i> alla società <i>benefit</i> . Note introduttive BARBARA DE DONNO	9
--	---

SOCIETÀ *BENEFIT*

CARLO ANGELICI

1. Società <i>benefit</i> e scopo di lucro	19
2. (Segue). Lo scopo lucrativo delle società commerciali	20
3. (Segue). Il rilievo centrale dell'“attività”	21
4. Il dibattito sulle società <i>benefit</i>	21
5. (Segue). Società <i>benefit</i> e interesse sociale	22
6. (Segue). Le finalità di beneficio comune	23
7. (Segue). Il bilanciamento di interessi.	26
8. (Segue). La responsabilità degli amministratori	29

LA SOCIETÀ *BENEFIT* E LE PREFERENZE DEGLI INVESTITORI

FRANCESCO DENOZZA

1. Tre letture alternative della società <i>benefit</i>	33
2. La società <i>benefit</i> nel sistema generale delle società di capitali	34
3. Né gli <i>stakeholders</i> diversi dai soci, né i <i>managers</i> , hanno il potere di influenzare in maniera decisiva la realizzazione dei fini della so- cietà <i>benefit</i>	38
4. La società <i>benefit</i> come strumento per razionalizzare la soddisfa- zione delle preferenze degli investitori e risolvere i possibili con- flitti tra di loro	42

SCOPO DI LUCRO E SCOPO DI BENEFICIO COMUNE NELLE SOCIETÀ *BENEFIT*

GIORGIO MARASÀ

1. Società *benefit* e legislazione “premiare” in materia di impresa 49
2. (Segue). Primi rilievi sugli scopi di beneficio comune e sulla disciplina delle società *benefit* 50
3. (Segue). Società ordinarie (*non benefit*) e scopi di beneficio comune . . 53
4. (Segue). Società *benefit* e scopi di beneficio comune 54
5. (Segue). Conclusioni sulla distinzione tra società *benefit* e società ordinarie 56

SOCIETÀ *BENEFIT* E SOCIETÀ NON *BENEFIT*

MARIO STELLA RICHTER *jr.*

1. Premessa 59
2. Alcuni dati normativi. 59
3. Società *benefit*, società non *benefit* e beneficio comune 60
4. Previsione delle finalità di beneficio comune, modificazioni statutarie e diritto di recesso 66

UN RAFFRONTO TRA SOCIETÀ *BENEFIT* ED ENTI *NON PROFIT*: IMPLICAZIONI SISTEMATICHE E PROFILI CRITICI

ANDREA ZOPPINI

1. Considerazioni introduttive 71
2. Impatto sistematico delle società *benefit*. 72
 - 2.1. Fenomeni di destinazione altruistica e società *benefit* 74
 - 2.2. Un rilievo critico sull’ibridazione tra *profit* e *non profit*. 75
3. Profili disciplinari, interessi concorrenti e società *benefit*. 77
4. Rilievi conclusivi. 79

BENEFIT CORPORATION E SOCIETÀ *BENEFIT* TRA INNOVAZIONE CREATIVA E IMITAZIONE DI MODELLI

LIVIA VENTURA

1. <i>Benefit corporation</i> e società <i>benefit</i>	81
2. Dalla certificazione “B Corp” al modello giuridico della <i>benefit corporation</i>	82
3. La <i>benefit corporation</i> come innovazione giuridica creativa	84
4. Le cause dell’innovazione: fattori giuridici.	87
5. (Segue). Fattori extra-giuridici	90
6. Il soggetto della mutazione giuridica: la <i>Model Benefit Corporation Legislation</i>	95
7. (Segue). Il <i>Delaware Public Benefit Corporation Act</i>	99
8. Il trapianto giuridico della società <i>benefit</i> come fenomeno <i>bottom-up</i>	101
9. (Segue). Società <i>benefit</i> : osservazioni conclusive	105

Dalla *benefit corporation* alla società *benefit*. Note conclusive

DIEGO CORAPI	111
------------------------	-----

Appendice n. 1: <i>Model Benefit Corporation Legislation</i>	117
--	-----

Appendice n. 2: Delaware Code	131
---	-----

Appendice n. 3: Legge 28 dicembre 2015, n. 208	141
--	-----

Appendice n. 4: Ley no. 1901, 18 jun 2018.	147
--	-----

Appendice n. 5: Tavola di comparazione	151
--	-----

UN RAFFRONTO TRA SOCIETÀ *BENEFIT* ED ENTI *NON PROFIT*: IMPLICAZIONI SISTEMATICHE E PROFILI CRITICI

ANDREA ZOPPINI

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Impatto sistematico delle società *benefit*. – 2.1. Fenomeni di destinazione altruistica e società *benefit*. – 2.2. Un rilievo critico sull'ibridazione tra *profit* e *non profit*. – 3. Profili disciplinari, interessi concorrenti e società *benefit*. – 4. Rilievi conclusivi.

1. Considerazioni introduttive

Provo a svolgere talune considerazioni di ordine sistematico sulla società *benefit* – di cui all'art. 1, l. 28 dicembre 2015, n. 208, commi 376-384¹ – prescegliendo quale punto di osservazione gli enti *non profit* e la tipica destinazione altruistica del risultato della gestione sociale, che di tali enti è caratteristica².

Quando si affronta il tema della società *benefit* subito si propone una biforcazione, una recisa e netta scelta di campo.

Bisogna decidere se *non credere* alla società *benefit*, reputando che il legislatore abbia in fondo creato una qualificazione di secondo grado ossia abbia proceduto a riqualificare fattispecie che già sono pacificamente ammesse nel sistema (così

¹ Tra i primi commenti alla disciplina, cfr. F. DENOZZA e A. STABILINI, *Due visioni della responsabilità sociale d'impresa, con una applicazione alla società benefit*, in <http://rivistaodc.eu/media/65449/denozza-stabilini.pdf>, spec. p. 10 ss.; A. FRIGNANI e P. VIRANO, *Le società benefit davvero cambieranno l'economia?*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 503 ss.; S. CORSO, *Le società benefit nell'ordinamento italiano: una nuova "qualifica" tra profit e non-profit*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 995 ss.; D. LENZI, *Le società benefit*, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 894 ss.; A. LUPOI, *L'attività delle "società benefit" (l. 28 dicembre 2015, n. 208)*, in *Riv. not.*, 2016, I, p. 811 ss.; il contributo diviso in due parti di G. RIOLFO, *Le società "benefit" in Italia: prime riflessioni su una recente innovazione legislativa*, in *Stud. iuris*, 2016, rispettivamente p. 720 ss. e p. 819 ss.; L. VENTURA, *Benefit corporation e circolazione di modelli: le «società benefit», un trapianto necessario?*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 1134 ss.

² G. PONZANELLI, *Le "non profit organizations"*, Milano, 1985; D. PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Milano, 1988; A. ZOPPINI, *Enti non profit ed enti for profit: quale rapporto*, in L. BRUSCUGLIA e E. ROSSI (a cura di), *Terzo settore e nuove categorie giuridiche: le organizzazioni non lucrative di utilità sociale. Aspetti giuridici, economici e fiscali*, Milano, 2000, p. 157 ss.

come avvenuto per la disciplina delle reti d'impresa)³; oppure, *dare credito* al legislatore e verificare fino in fondo se in questa fattispecie sia stato disciplinato un ibrido tra il *profit* e il *non profit*.

Pur essendo simpatetico con la prima opzione – probabilmente condizionato dagli studi affrontati nel passato non recente –, provo a muovermi tra le molte e complesse problematiche dischiuse dalla società *benefit* nella seconda prospettiva, quella che riconosce l'autonomia della fattispecie e dà credito all'ibridazione causale (o tipologica).

Questa prospettiva immediatamente sollecita quesiti di notevole rilievo che investono sia il profilo funzionale sia quello organizzativo: ossia il perché ci si associa e il come si agisce in associazione⁴, e segnatamente:

- a) perché l'organizzazione collettiva dell'impresa conosce normativamente modelli identificabili nel non lucro, nel lucro e nella mutualità;
- b) perché l'integrazione economica, l'accesso ai mezzi propri, al debito, la ripartizione del rischio di impresa conoscono regole diverse per gli enti *non profit*, per le società lucrative e per le società mutualistiche;
- c) in ultima analisi, perché – se volessimo veramente ascendere a una questione di vertice – esistono le norme imperative nel diritto dell'impresa collettiva⁵.

Le questioni cennate reclamano un'indagine assai impegnativa che in queste pagine non è agevole né sarà possibile svolgere. Mi limiterò, pertanto, a svolgere talune considerazioni in relazione al fatto che chi crede all'ibridazione tra *profit* e *non profit* deve farsi carico di dare delle risposte coerenti a taluni interrogativi su cui ora mi intratterò.

2. Impatto sistematico delle società *benefit*

S'impongono – a me sembra – essenzialmente due questioni, riguardanti l'ammissibilità di forme organizzative *ibride* nell'ordinamento giuridico domestico, poi l'individuazione della disciplina concretamente e coerentemente applicabile.

Provo a svolgere una separata analisi muovendo dalla prima questione, per considerare la quale è opportuno chiedersi cosa distingua, nel diritto vigente, un

³ P. MONTALENTI, *Il diritto societario dai "tipi" ai "modelli"*, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 420 ss. Per A. FRIGNANI e P. VIRANO, *Le società benefit davvero cambieranno l'economia?*, cit., p. 516, si è in presenza di un tipo sociale ma non di un tipo legale.

⁴ Così e per più ampi riferimenti, P. SPADA, *Dalla nozione al tipo della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 95 ss. a p. 129 ss.

⁵ Per alcuni spunti, v. P. SPADA, *Autorità e libertà nel diritto della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 703 ss.; F. D'ALESSANDRO, «*La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata*». *Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 35 ss. Sia consentito rimandare, anche, al mio *L'impresa come organizzazione e il sistema dei controlli*, in F. BRESCIA, L. TORCHIA e A. ZOPPINI (a cura di), *Metamorfosi del diritto delle società? Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi*, Napoli, 2012, p. 35 ss.

ente lucrativo e uno non lucrativo che esercita attività d'impresa commerciale (e poi uno mutualistico).

L'elemento distintivo non si radica nell'attività esercitata, economica e/o ideale.

Già nel passato la formula della "neutralità" delle forme giuridiche ha voluto acquisire nel rapporto tra enti lucrativi ed enti senza scopo di lucro⁶ il sostanziale ripensamento della visione codicistica originaria, ove il dato topografico del codice civile nettamente separava gli enti commerciali e quelli non commerciali. Questa prospettiva ha significato la 'despecializzazione' delle varie forme giuridiche metaindividuali rispetto all'attività d'impresa, ammettendosi una compatibilità tipologica tra enti del primo libro del codice civile ed esercizio di attività economiche, anche nella forma dell'impresa collettiva⁷.

Il sistema giuridico, pacificamente, consente la possibilità che associazioni e fondazioni possano esercitare attività d'impresa⁸. Ed è oggi fattualmente pacifico che in taluni settori del mercato si registri una compresenza, sul piano dell'offerta, di imprese costituite sia secondo le forme societarie lucrative sia attraverso i moduli non lucrativi nonché di imprese mutualistiche (affiancandosi, altresì, alle medesime, le società a controllo pubblico).

Pertanto, quando ci chiediamo cosa sia un ente non lucrativo o, meglio, cosa distingua un ente non lucrativo che esercita attività d'impresa commerciale da una società, poi da una società commerciale, la differenza fondamentale attiene all'assenza dello scopo di lucro in senso soggettivo, quindi nella possibilità di ripartire l'utile di gestione o di appropriarsi del supero netto al momento della liquidazione.

L'assenza dello scopo di lucro postula dunque che la compatibilità causale tra l'esercizio di attività imprenditoriali e l'assenza di un lucro soggettivo è data dal fatto che gli utili imprenditorialmente prodotti da un'associazione e da una fondazione sono destinati conformemente al paradigma causale dell'ente e quindi reinvestiti nella medesima attività (si pensi alla fondazione che svolge esclusivamente attività teatrale) o destinati altruisticamente (come nel caso dell'associazione che vende prodotti il cui risultato economico è destinato a favore di soggetti bisognosi). Ponendosi in questo caso il problema, sul piano della disciplina applicabile, se e in che modo dare rilievo al fatto che l'impresa eserci-

⁶ H. HANSMANN, *The Evolving Law of Nonprofit Organizations: Do Current Trends Make Good Policy?*, in *39 Case Western Reserve Law Review* (1989), p. 807 ss. Recentemente, A. FUSARO, *Le organizzazioni a scopo non lucrativo nella Law and Economics*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 57 ss.

⁷ Volendo, si v. A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e delle fondazioni di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 365 ss. a p. 370 ss.

⁸ P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, in *Riv. soc.*, 1967, p. 812 ss.; P. SPADA, voce *Impresa*, in *Dig. disc. priv.-sez. comm.*, VII, Torino, 1992, p. 32 ss. a p. 69 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Associazioni e attività di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 581 ss.

tata dall'ente non lucrativo sia (*o non*) ausiliaria e strumentale al conseguimento dello scopo sociale^{9 10}.

La funzione lucrativa, non lucrativa o mutualistica produce e determina un sistema di regole adeguate e conformi agli incentivi sottesi ai diversi modelli di integrazione economica.

Indubbiamente, solo nella società di capitali è compiutamente disciplinato l'esercizio in forma collettiva dell'impresa, in ciò diversamente dagli enti senza scopo di lucro ove l'organizzazione dei poteri sociali non è pensata in relazione allo svolgersi di attività economiche. Si pensi: al problema dell'incidenza delle perdite sul netto patrimoniale cui si collega la limitazione della responsabilità patrimoniale; ai poteri di controllo riconosciuti ai soci e al giudice; così come ai problemi connessi alla pubblicità e alla tenuta delle scritture contabili¹¹.

È pertanto evidente che chi teorizza una ibridazione tra *profit* e *non profit* deve farsi carico di dimostrare la possibile coesistenza tra due diverse funzioni e cicli produttivi del risultato sociale.

2.1. Fenomeni di destinazione altruistica e società *benefit*

In secondo luogo, al fine di giustificare l'autonomia causale e tipologica della società *benefit*, mi pare che i sostenitori della novità della fattispecie debbano farsi carico di distinguere concettualmente e normativamente questo fenomeno da quanto già si riteneva possibile fare prima dell'entrata in vigore dell'attuale disciplina.

Si è comunemente ritenuto che l'introduzione di clausole altruistiche nello statuto di una società di capitali non determinasse una alterazione del tipo sociale, né pregiudicasse la causa lucrativa¹². La clausola di destinazione altruistica non contraddice lo scopo di lucro proprio della società ma, anzi, può inserirsi funzionalmente nella dimensione strategica dell'attività d'impresa¹³.

Al fine di agevolare la riflessione, provo a fornire due esempi.

i) Lo statuto d'un'importante banca italiana prevedeva, sino a non molto tempo addietro, una clausola giusta la quale "a ogni esercizio dovranno essere pagati

⁹ A. ZOPPINI, *Enti non profit ed enti for profit: quale rapporto*, cit., p. 158 ss. Cfr. P. MARCHETTI, *Spunti su enti non profit e disciplina del mercato*, in AA. VV., *Studi in onore di Gastone Cottino*, I, Padova, 1997, p. 99 ss.

¹⁰ M.A. STEFANELLI (a cura di), *Le imprese strumentali delle fondazioni di origine bancaria*, Milano, 2005 e ivi P. FERRO-LUZZI, *Imprese strumentali - Profili di sistema*, p. 71 ss.

¹¹ A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e delle fondazioni di diritto privato*, cit., p. 371 s.

¹² M. STELLA RICHTER JR., *Forma e contenuto dell'atto costitutivo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, I, Torino, 2004, p. 165 ss.

¹³ M. STELLA RICHTER JR., *L'impresa azionaria tra struttura societaria e funzione sociale*, in F. MACARIO e M.N. MILETTI (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Roma, 2017, p. 79 s.

60.000 euro annui a[d una] società operaia bolognese”. Tale previsione, della cui validità ed efficacia si è discusso, ma non dubitato, pone il problema di qualificare la natura della disposizione: se si tratti di una previsione parasociale inserita nello statuto ovvero di una ipotesi di contratto a favore di terzo o da eseguirsi ad un terzo documentata nel materiale statutario. Nell’analisi del problema, per richiamare un paradigma caro a Paolo Ferro-Luzzi, il metodo civilistico e quello gius-commercialistico divergono in maniera significativa: il civilista va alla ricerca dello spirito di liberalità, dell’atto pubblico, si chiede se sia concepibile inserire un contratto a favore di terzi nello statuto; il gius-commercialista vede un atto di organizzazione che vincola gli amministratori, ma che certo non preclude l’esercizio del procedimento assembleare di modifica dello statuto.

Quello appena descritto è, tuttavia, un fenomeno che direttamente rientra nel perimetro della società *benefit*: un vincolo statutario che legittima e positivizza una scelta di carattere ideale, a vantaggio di interessi esterni alla società e, al contempo, condiziona l’attività degli organi gestori.

ii) Su un altro elemento ritengo sia opportuno attirare l’attenzione, visto che costituisce – a mio parere – una dura prova di resistenza per la società *benefit*: la mutualità *esterna*.

È pacifico, e lo è sempre stato, che a fronte del beneficio mutualistico interno nelle società cooperative, che si realizza mediante l’apprensione del risultato sociale attraverso la gestione di servizio nell’interesse dei soci, è possibile coniugare una mutualità esterna o di ‘sistema’¹⁴. La società cooperativa realizza la finalità mutualistica, rilevante anche al fine dei controlli previsti dalle norme in sede di revisione ispettiva (2545-*quaterdecies* ss. c. civ.), attraverso una destinazione altruistica di una parte del risultato sociale a categorie esterne alla compagine sociale, ma coerenti con la medesima (si pensi alla cooperativa di consumo che assicura ai propri soci l’accesso a condizioni migliori rispetto al mercato e che elargisce una parte dei propri utili a favore di associazioni di consumatori o utenti). Sicché, già oggi e a prescindere dalla disciplina *benefit*, lo scopo mutualistico, trascende gli interessi immediati dei soci, concorrendo allo sviluppo del movimento cooperativo e in stretta correlazione con finalità che riguardano l’utilità collettiva e sociale.

2.2. Un rilievo critico sull’ibridazione tra *profit* e *non profit*

In termini sistematici, teorizzare l’introduzione di un ibrido tra *profit* o *non profit* porta indubbiamente acqua al mulino di chi, anche nel nostro ordinamento, ha ritenuto che fosse opportuno transitare verso un modello *alla* ‘tedesca’ – se mi si consente la semplificazione – in cui gli enti si identificano sul piano essenzialmente strutturale, quindi in ragione dell’organizzazione dell’attività economica comune, essendo irrilevante poi la divisione dell’utile.

¹⁴ A. BASSI, *Mutualità “esterna” e contratto di società cooperativa*, in G. SCHIANO DI PEPE e F. GRAZIANO (a cura di), *La società cooperativa. Aspetti civilistici e tributari*, Padova, 1997, p. 3 ss. Recentemente, v. E. CUSA, *Le destinazioni a fini di beneficenza o mutualità nelle banche cooperative*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, I, p. 310 ss. a p. 343 s.

Già ho ricordato la tesi della neutralità delle forme giuridiche di Gerardo Santini¹⁵, ma un saggio di Sabino Cassese degli anni novanta del secolo scorso affermava la tesi in ordine alla quale l'elemento del lucro soggettivo è diventato completamente recessivo rispetto al modello organizzativo strutturale¹⁶.

Personalmente, non condivido questa impostazione sia in termini teorici sia sul piano normativo e ritengo che nel nostro sistema vi siano indici normativi conclusivi in ordine al fatto che debba sussistere una necessaria coerenza tra il sistema degli incentivi di quanti hanno i poteri decisionali sull'ente, l'affidamento dei terzi e le regole che disciplinano la destinazione egoistica o altruistica del risultato dell'attività sociale.

Traggo l'argomento più significativo dalle norme in materia di trasformazione eterogenea¹⁷.

La riforma del diritto societario ha introdotto delle regole sicuramente innovative che consentono ciò che non era consentito prima, di trasformare l'ente *non profit* in *profit* e così come la società cooperativa, fissando, tuttavia regole imperative stringenti.

Infatti, la disciplina che si legge agli articoli 2500-*septies* s. c. civ. attribuisce un notevole rilievo al vincolo di non distribuzione degli utili e del supero netto al momento della liquidazione dell'ente e, più, in generale al rapporto tra destinazione dei risultati dell'attività e il potere dispositivo dei soci o degli organi della associazione o della fondazione¹⁸.

Si tratta di una disciplina che ben si presta ad una lettura in chiave neo-istituzionale, cioè nella prospettiva della teoria dei costi transattivi in relazione alla tutela dei soggetti che fanno affidamento sui vincoli statutari, atteso che:

i) le cooperative si possono trasformare ma debbono devolvere le riserve indivisibili – che sono state create sul presupposto dei benefici di natura privatistica e pubblicistica di cui la cooperativa gode – ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione (v. art. 2545-*undecies* c. civ.);

ii) le associazioni e le fondazioni si possono trasformare, ma solo quando *non* svolgono un'attività che sollecita e che attiva meccanismi di raccolta collettiva, che quindi non fanno ricorso alla sollecitazione del risparmio pubblico e della fede pubblica.

¹⁵ Cfr. G. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 151 ss.

¹⁶ Ad esempio, S. CASSESE, *Le persone giuridiche e lo Stato*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 1 ss.

¹⁷ A. ZOPPINI e M. MALTONI (a cura di), *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni. Riforma del diritto societario e enti non profit*, Padova, 2007; A. CETRA, *Le trasformazioni «omogenee» ed «eterogenee»*, in AA. VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, IV, Torino, 2007, p. 131 ss.

¹⁸ Ho trattato più diffusamente il tema in *La disciplina delle associazioni e delle fondazioni dopo la riforma del diritto societario*, in A. ZOPPINI e M. MALTONI (a cura di), *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni. Riforma del diritto societario e enti non profit*, cit., p. 1 ss. a p. 8 s.

La spiegazione che a me sembra più convincente attiene al fatto che il sistema degli incentivi e l'affidamento dei soggetti terzi che il lucro e il non lucro generano sono opposti. A presidio di tale affidamento vi sono norme imperative che disciplinano e si frappongono all'esercizio dei poteri dispositivi degli associati o del/i fondatori.

3. Profili disciplinari, interessi concorrenti e società *benefit*

Il secondo e diverso piano di analisi – cui facevo riferimento ad apertura di queste pagine – concerne il sistema di regole strutturali e organizzative che devono assistere e rendere coerente l'esistenza di un ibrido tra una gestione *profit* e la gestione *benefit* del risultato sociale.

Nella sostanza si tratta di riempire di senso precettivo il necessario bilanciamento tra l'interesse egoistico dei soci a massimizzare la remunerazione del capitale investito¹⁹ e il perseguimento delle finalità di beneficio comune e gli interessi delle categorie indicate nel comma 376 della legge istitutiva²⁰.

Non sovvenendo un'espressa risposta dalla nuova disciplina, taluni propongono quale stregua della correttezza della gestione sociale il modello normativo che si desume dalla disciplina della direzione e coordinamento di società ai sensi degli artt. 2497 ss. c. civ.²¹. I criteri normativi colà proposti fungerebbero da bussola per l'operato degli amministratori e da indici di misurazione della correttezza gestoria.

A livello procedurale – per via del coordinamento della disciplina del conflitto d'interessi con quella dei gruppi societari –, graverebbe sugli amministratori un dovere di trasparenza e motivazione delle decisioni adottate ai fini di assicurare il bilanciamento tra gli interessi delle distinte (ma compresenti) *constituencies* della società²². In termini sostanziali, per governare il conflitto divenuto attuale, si registra una divergenza tra la soluzione che declina il contemperamento degli

¹⁹ Sulla centralità della volontà dei soci sia nella fase costituiva che in quella di definizione dell'equilibrio ottimale, v. F. DENOZZA e A. STABILINI, *Due visioni della responsabilità sociale d'impresa, con una applicazione alla società benefit*, cit., p. 13 ss.

²⁰ Per A. LUPOI, *L'attività delle "società benefit" (l. 28 dicembre 2015, n. 208)*, cit., p. 821, la previsione legale del bilanciamento degli interessi costituisce una norma di salvaguardia rispetto alla discrezionalità degli amministratori che «[...] può portare a privilegiare (anche di molto) le finalità *no-profit* rispetto a quelle *for-profit*, soprattutto se l'oggetto sociale non ha chiarito i limiti dell'una o dell'altra». Criticamente, invece, A. FRIGNANI e P. VIRANO, *Le società benefit davvero cambieranno l'economia?*, cit., p. 511, rilevano che la regola del bilanciamento non soddisfa l'esigenza di prevedibilità del diritto «[...] posto che l'attività verso il beneficio comune, a meno che non produca un utile di per sé, si tradurrà sempre in una perdita per i soci».

²¹ Cfr. S. CORSO, *Le società benefit nell'ordinamento italiano: una nuova "qualifica" tra profit e non-profit*, cit., p. 1020 s. V., inoltre, la Circolare Assonime n. 19 del 20 giugno 2016.

²² S. CORSO, *Le società benefit nell'ordinamento italiano: una nuova "qualifica" tra profit e non-profit*, cit., p. 1020.

interessi alla stregua del criterio dei vantaggi compensativi²³ e chi fissa l'ordine di preminenza degli interessi perseguiti, qualora risulti impossibile una realizzazione congiunta, in ragione delle priorità assunte dalla società nello statuto, così come espresse nella relazione annuale²⁴.

Personalmente ritengo che il riferimento alla disciplina dei gruppi di società non costituisca un idoneo referente normativo che consenta di apprezzare il contemporaneo degli interessi gestionali nella società *benefit*.

Piuttosto, per individuare la convivenza di gestioni caratterizzate da finalità diverse, credo che il parametro di riferimento più corretto sia costituito dalla disciplina delle azioni correlate (art. 2350, c. 2, c. civ.) e dei patrimoni destinati (art. 2447-*bis* ss. c. civ.)^{25 26}.

Da un lato, le azioni correlate ai risultati dell'attività sociale in un determinato comparto esprimono un apprezzamento settoriale sotto il profilo del ritorno dell'attività d'impresa, senza contraddire l'unitarietà del patrimonio sociale e la coerenza della gestione (come può rilevarsi dal terzo comma dell'art. 2350 c. civ., che vieta la distribuzione a favore degli azionisti correlati di dividendi cui non corrispondano utili effettivamente realizzati dalla società nel suo complesso).

Parimenti, la disciplina dei patrimoni destinati, ai sensi degli art. 2447-*bis* ss. c. civ., è stata declinata quale strumento per assoggettare una parte del patrimonio sociale a regole speciali di gestione, rilevanti anche sul piano della responsabilità ed opponibili nei confronti dei soggetti terzi²⁷. Anche in questo caso si può porre un problema di conflitto tra gestioni caratteristiche, seppure finalizzate sempre al conseguimento di un lucro, come attesta il tema dei rapporti 'intergestori', ovvero sia degli scambi di ricchezza che possono aversi tra il patrimonio (contabilmente o 'realmente') separato e il restante patrimonio della società²⁸.

Al di là dei criteri per risolvere i problemi di cui si fa cenno, che per i patrimoni separati possono, verosimilmente, trovare soluzione desumendo la norma di comportamento dai doveri fiduciari connessi all'attività gestoria, la mia osservazione si colloca su un diverso piano che è quello della politica del diritto.

²³ Circolare Assonime n. 19 del 20 giugno 2016, cit., p. 22 s.

²⁴ S. CORSO, *Le società benefit nell'ordinamento italiano: una nuova "qualifica" tra profit e non-profit*, cit., p. 1021.

²⁵ G.B. PORTALE, *Dal capitale «assicurato» alle «tracking stocks»*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 162 ss.; M. LAMANDINI, *Autonomia negoziale e vincoli di sistema nella emissione di strumenti finanziari da parte delle società per azioni e delle cooperative per azioni*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, I, p. 519 ss. a p. 527 ss.

²⁶ A. ZOPPINI, *Primi appunti sul patrimonio separato della società per azioni*, in P. BENAZZO, S. PATRIARCA e G. PRESTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003, p. 97 ss., e volendo anche *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 545 ss.

²⁷ Cfr. P. FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 121 ss. e, quindi, M. LAMANDINI, *I patrimoni «destinati» nell'esperienza societaria. Prime note sul d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, ivi, 2003, p. 490 ss.

²⁸ V. A.D. SCANO, *Gli atti estranei allo specifico affare*, Torino, 2010.

Qual è la ragione per la quale le *tracking stock* nel nostro ordinamento e nell'esperienza comparatistica, come anche il patrimonio destinato della società per azioni, non hanno avuto particolare successo? Perché le applicazioni pratiche sono state marginalissime, salvo nei settori regolati?

La risposta è nel fatto che la convivenza, anche nel mondo lucrativo, di finalità imprenditoriali diverse e di differenti gestioni caratteristiche – seppure tutte lucrative – genera costi transattivi che annullano sostanzialmente il beneficio della coesistenza.

Ne consegue pertanto che, e questa è la mia critica poi di politica del diritto, a maggior ragione una convivenza tra *profit* e *non profit* è altamente problematica e onerosa.

Non solo si dovrebbe attivare tutta una serie di presidi che garantiscano una concreta separazione e la possibilità di leggere anche a beneficio di soggetti terzi l'effettivo perseguimento della finalità *profit* insieme a quella *non profit*: ad esempio, mediante sistemi di contabilità separata, imputazione dei costi comuni e ogni altro tipo di attività idonea ad amministrare diligentemente una società multi-comparto, sì da integrare quanto oggi previsto nella disciplina delle società *benefit* al comma 382. Ma i costi transattivi sarebbero ulteriormente innalzati proprio perché il *profit* e *non profit* suscitano affidamenti di natura diversa e in molti casi contraddittori.

D'altra parte, se guardiamo al diritto delle società cooperative, non è – a me sembra – un caso che questo tipo di problemi sia risolto imponendo imperativamente un limite al possesso azionario e alla remunerazione del capitale, costituendo tale previsione un incentivo alla massimizzazione dei rapporti di scambio con l'impresa e non, invece, alla massimizzazione dell'utile comune.

4. Rilievi conclusivi

Propongo una riflessione conclusiva.

Come è stato ben rappresentato – in particolare da Francesco Denozza – attorno alla società *benefit* si agitano problemi concernenti la responsabilità sociale d'impresa, l'*agency theory* e il ruolo degli amministratori che concorrono a renderne complesso l'inquadramento nel sistema.

Un'idea che si agita dietro la disciplina delle società *benefit*, malgrado non mi senta di sottoscriverla, potrebbe coincidere con l'intenzione d'un legislatore desideroso solo di imitare fenomeni esterni²⁹.

Una delle letture che merita qualche attenzione è quella *foucaultiana*, improntata in termini di governamentalità neo-liberale dell'impresa. Si tratta, infatti, di guardare alle regole del diritto scritto quali forme di produzione di cornici onto-

²⁹ Per una disamina comparata tra la disciplina domestica ed i modelli statunitensi, A. FRIGNANI e P. VIRANO, *Le società benefit davvero cambieranno l'economia?*, cit., p. 504 ss.; L. VENTURA, *Benefit corporation e circolazione di modelli: le «società benefit», un trapianto necessario?*, cit., p. 1142 ss.

logiche e agli effetti che determinano in termini di legittimazione e creazione di nuove soggettività sociali³⁰.

Va tenuto a mente che il *potere* oggi si manifesta nelle imprese e l'impresa quindi deve essere governata, anche, con regole che prima venivano lette e decodificate, solamente, nella dinamica del diritto pubblico.

Un indice è offerto dalle regole di *governance* societaria che prescrivono la parità di genere sia in seno ai consigli di amministrazione delle società quotate in mercati regolamentati (art. 147-ter, c. 1-ter, TUF) sia all'interno degli organi amministrativi delle società a controllo pubblico (così, art. 11, c. 4, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175).

L'impresa esige delle regole che, in un certo senso, potrebbero coerentemente risultare appannaggio del sistema dell'organizzazione pubblica³¹. La logica della composizione dei consessi gestori appare inspiegabile se non si prendesse atto che proprio la legittimazione sociale dell'impresa, che deriva dal suo essere nel mercato, è la ragione che autorizza e coonesta le istanze di parità di genere. L'impresa come organizzazione diviene così lo strumento performativo per tradurre nella vita dei cittadini aspettative proprie piuttosto della sfera politica e rivenienti dalla partecipazione democratica alla vita del Paese.

Questo mi pare il senso della società *benefit*, in quanto tenta la coesistenza tra una missione egoistica e compiti afferenti alla sfera sociale e pubblica in senso lato.

In termini di complementarità tra logiche private e logiche pubbliche può leggersi il potere affidato all'Autorità antitrust di censurare e sanzionare le società *benefit* che non perseguano le finalità di beneficio comune (comma 384). La disposizione mira a impedire che le società *benefit* inadempienti rispetto alla realizzazione delle finalità di beneficio comune possano avvantaggiarsi nei confronti delle altre imprese e ledere l'integrità del mercato in cui operano³².

In ciò si delinea il superamento di un esclusivo sistema di controlli privatistico, rimesso alle azioni dei soci, per affiancare misure di *public enforcement* in grado di reprimere gli abusi verificatisi e assicurare la tutela del mercato³³.

³⁰ Sia consentito rinviare al mio *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 529 s.

³¹ S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 607 ss.

³² Circolare Assonime n. 19 del 20 giugno 2016, cit., p. 30.

³³ V. le letture offerte da A. FRIGNANI e P. VIRANO, *Le società benefit davvero cambieranno l'economia?*, cit., p. 513 s. e L. VENTURA, *Benefit corporation e circolazione di modelli: le «società benefit», un trapianto necessario?*, cit., p. 1159.

Collana Studi – I Serie

Sergio P. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti Europee*, 2007.

Roberto PESSI, *I problemi del diritto del lavoro: proposte per un inventario*, 2007.

Luigi LAMBO, *Obblighi di protezione*, 2007.

Roberto VIRZO, *Il regolamento delle controversie nel diritto del mare: rapporti tra procedimenti*, 2008.

Roberto PESSI, *Diritto del lavoro: bilancio di un anno tra bipolarismo e concertazione*, 2008.

Natalino RONZITTI, Gabriella VENTURINI (a cura di), *Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali*, 2008.

Giuseppe SIGILLÒ MASSARA, *Ammortizzatori sociali di fonte collettiva e fondi di solidarietà nella riforma del welfare*, 2008.

Giovanni DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, 2009.

Francesco CAPRIGLIONE, *Crisi a confronto (1929 e 2009). Il caso italiano*, 2009.

Lucio Valerio MOSCARINI, *Diritto privato e interessi pubblici. Saggi di diritto civile (2001-2008)*, 2009.

Roberto PESSI (a cura di), *Europa e concertazione: modelli a confronto*, 2009. *Scritti in onore di Francesco Capriglione*. In due tomi, 2010.

Roberto PESSI, *Ordine giuridico ed economico di mercato*, 2010.

Andrea DE PETRIS (a cura di), *Federalismo fiscale “Learning by doing”: modelli comparati di raccolta e distribuzione del gettito tra centro e periferia*, 2010.

Antonio BALDASSARRE (a cura di), *La forza ragionevole del giurista*, 2010.

Luca CASTELLI, *Il senato delle autonomie*, 2010.

Francesco ALICINO, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, 2011. *Scritti in onore di Marcello Foschini*, 2011.

Giovanna Giada SALVATI, *I limiti statutari alla circolazione delle azioni. Il diritto al disinvestimento*, 2011.

- Italo DE SANTIS, *Remunerazione degli amministratori e governance delle società per azioni*, 2011.
- Roberto PESSI, Antonio VALLEBONA (a cura di), *Atti dei convegni in onore di Sergio Magrini, Giancarlo Perone, Pasquale Sandulli. Il lavoratore tra diritti della persona e doveri di solidarietà*, 2011.
- Nicola LUPO (a cura di), *Tagliareggi e Normattiva tra luci e ombre*, 2011.
- Piero RUGGERI, *L'irreversibilità della fusione societaria*, 2012.
- Sabrina BRUNO, *Il ruolo dell'assemblea di S.p.A. nella corporate governance*, 2012.
- Maria Rosaria MAURO, *Il principio di giurisdizione universale e la giustizia penale internazionale*, 2012.
- Raffaele FABOZZI, *Collective bargaining and company level agreement*, 2012.
- Maurizio BELLACOSA, *I profili penali del reato ministeriale*, 2012.
- Andrea DE PETRIS, *Gli istituti di democrazia diretta nell'esperienza costituzionale tedesca*, 2012.
- Andrea Francesco TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, 2012.
- Raffaella RAMETTA, *Relazioni giuridiche tra patrimoni separati*, 2013.
- Roberto PESSI, Giuseppe SIGILLÒ MASSARA, *La riforma Fornero. Legge 28 giugno 2012, n. 92. Spunti di discussione*, 2013.
- Andrea Francesco TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema delle responsabilità da reato degli enti*, 2013.
- Maria Novella MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, 2013.
- Angela DEL VECCHIO, Paola SEVERINO (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, 2014.
- Livia SALVINI, Giuseppe MELIS (a cura di), *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, 2014.
- Paolo TULLIO, *Il cumulo di incarichi in imprese concorrenti. Interlocking directorates*, 2014.

Collana Studi – II Serie

1. Giorgio MEO, Antonio NUZZO (diretto da), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, 2016.
2. Raffaele FABOZZI, *Il bene “salute” tra potere organizzativo e tutele ordinarie*, 2016.
3. Angela DEL VECCHIO, Paola SEVERINO (a cura di), *Tutela degli investimenti tra integrazione dei mercati e concorrenza di ordinamenti*, 2016.
4. Antonio GULLO, Francesco MAZZACUVA (a cura di), *Ricchezza illecita ed evasione fiscale*, 2016.
5. Elisa SCARONA, *Il delitto di tortura*, 2018.
6. Pietro PUSTORINO, *Movimenti insurrezionali e diritto internazionale*, 2018.
7. Alessia FARANO, *La responsabilità giuridica alla prova delle neuroscienze*, 2018.
8. Antonio LEANDRO, Giorgio MEO, Antonio NUZZO (a cura di), *Crisi transfrontaliera di impresa: orizzonti internazionali ed europei*, 2018.
9. Giancarlo MONTEDORO, *Il diritto pubblico tra ordine e caos*, 2018.
10. Enzo MOAVERO MILANESI, Giovanni PICCIRILLI, *Attuare il diritto dell’Unione europea in Italia. Un bilancio a 5 anni dall’entrata in vigore della legge n. 234 del 2012*, 2018.
11. Barbara DE DONNO, Livia VENTURA (a cura di), *Dalla benefit corporation alla società benefit*, 2018.

