



CONSIGLIO NAZIONALE
DEI DOTTORI COMMERCIALISTI

FONDAZIONE
ARISTEIA

ISTITUTO DI RICERCA
DEI DOTTORI
COMMERCIALISTI



DOCUMENTI ARISTEIA

documento n. 24

*Il controllo giudiziario ex art. 2409
nella riforma del diritto societario*

giugno 2003

IL CONTROLLO GIUDIZIARIO
EX ART. 2409
NELLA RIFORMA
DEL DIRITTO SOCIETARIO

DOCUMENTO ARISTEIA N. 24

IL CONTROLLO GIUDIZIARIO EX ART. 2409 NELLA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Oggetto del nuovo procedimento *ex art. 2409* – 2.1 La legittimazione attiva – 2.2 La legittimazione passiva – 3. L'ispezione dell'amministrazione della società – 4. L'amministrazione giudiziaria – 5. Profili processuali – 6. Il controllo giudiziario *ex art. 2409* nella s.p.a. – 7. Il controllo giudiziario *ex art. 2409* nella s.r.l. – 8. Il controllo giudiziario *ex art. 2409* nella società cooperativa

1. PREMESSA

Il presente documento, completando la tematica dei controlli interni ed esterni nelle società di capitali e nelle società cooperative (si vedano i documenti Aristeia n. 16 e n. 17 del 6 maggio 2003), si propone di esaminare le novità introdotte dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 – recante la *“Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001 n. 366”* – in merito al controllo giudiziario *ex art. 2409*, la cui disciplina è stata in più parti modificata come vedremo nel prosieguo della trattazione.

Come a tutti noto, la l. 3 ottobre 2001, n. 366 contenente la *“Delega al Governo per la riforma del diritto societario”* ha stabilito alcuni fondamentali principi cui il legislatore delegato doveva attenersi nella riformulazione dell'art. 2409 c.c.

Più precisamente, per quanto concerne la s.p.a., l'art. 4 della l. n. 366/2001 disponeva, al co. 4, che nella disciplina relativa al tipo sociale in oggetto la denuncia al tribunale potesse competere anche al collegio sindacale e ai componenti di altro organo di controllo in occasione di gravi irregolarità nell'adempimento dei doveri degli amministratori. Inoltre, relativamente alla disciplina delle società cooperative, l'art. 5, co. 2, lett. g) della legge di delega prevedeva il controllo giudiziario di cui all'art. 2409, con esclusione delle banche, in virtù di quanto disposto dal dall'art. 70, co. 7, del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia.

Al contrario, l'art. 3 della l. n. 366/2001, concernente la disciplina della società a responsabilità limitata, non contemplava disposizioni sul controllo giudiziario *ex art. 2409*.

Orbene, dinanzi a simili previsioni della legge di delega e dinanzi al recepimento che delle stesse ha compiuto il legislatore delegato nella disciplina che tra breve andremo ad illustrare, alcuni hanno ravvisato un eccesso di delega visto che il decreto delegato avrebbe potuto solamente estendere alle società cooperative la possibilità di denuncia al tribunale e non anche eliminare il detto controllo giudiziario nelle s.r.l.

L'osservazione non è pienamente condivisibile. Il delegante, infatti, ancorché avesse previsto *expressis verbis* il controllo di cui all'art. 2409 nella disciplina delle società cooperative, si era astenuto dal dettare specifiche disposizioni sull'argomento in quella delle s.r.l., lasciando ampia libertà, in questo modo, al legislatore delegato.

In virtù di una simile considerazione, resta peraltro da accertare se sia o meno condivisibile la scelta effettuata nel d.lgs. n. 6/2003 con cui, come anticipato, si è eliminato il controllo giudiziario nell'ambito delle s.r.l.

2. OGGETTO DEL NUOVO PROCEDIMENTO EX ART. 2409

L'art. 2409 ex d.lgs. n. 6/2003 dispone che se esiste fondato sospetto di irregolarità nella gestione poste in essere dagli amministratori potenzialmente dannose per la società o per una o più società controllate dalla medesima, i soci – in osservanza di determinate percentuali di partecipazione al capitale sociale su cui torneremo – possono denunciare i fatti al tribunale.

Una prima precisazione circa l'oggetto della denuncia ex art. 2409 si impone dal confronto tra la vigente formulazione dell'art. 2409 prevista nel codice civile e la novellata disposizione della riforma.

In effetti, l'art. 2409 c.c. dispone che la denuncia può venire intentata se esiste fondato sospetto di gravi irregolarità nell'adempimento dei doveri degli amministratori e dei sindaci; diversamente, il novellato art. 2409 precisa che il fondato sospetto deve esistere relativamente a gravi violazioni nella gestione compiute dagli amministratori contravvenendo ai doveri loro imposti. Il raffronto tra le due disposizioni, dunque, evidenzia come le gravi irregolarità si debbano riferire alla gestione; in tal modo, è stato recepito il costante orientamento della giurisprudenza che ha individuato nella gestione della società l'ambito in cui si possono verificare le irregolarità censurabili attraverso lo strumento in oggetto (la giurisprudenza sulla casistica delle gravi irregolarità è varia; sul tema si segnala la recente decisione del Trib. Messina, 29 maggio 2002 secondo il quale, nell'ambito del procedimento di cui all'art. 2409 c.c., le gravi irregolarità devono riguardare la sfera societaria e non quella personale degli amministratori e devono assumere un carattere dannoso).

Si osserva, inoltre, che la censura delle gravi irregolarità compiute dagli amministratori non è di merito, in quanto non investe l'opportunità o la convenienza delle operazioni condotte dagli amministratori, bensì è una censura di legittimità, inerente l'osservanza di norme di legge e dello statuto dettate sull'attività di gestione (in questo senso, recentemente Trib. Padova, 7 dicembre 2000 e App. Brescia, 8 febbraio 2001).

L'aver previsto un limitato ambito applicativo della denuncia ex art. 2409 (gravi irregolarità nella gestione) induce a ritenere che difficilmente potranno essere accolti ricorsi proposti per denunciare irregolarità informative nel bilancio di esercizio e nelle situazioni patrimoniali predisposte in occasione di particolari vicende sociali.

Va, inoltre, notato che al fine di proporre la denuncia ex art. 2409 è necessaria l'esistenza di un "fondato sospetto". Il che, sotto il profilo dell'onere della prova, comporta per i denunzianti l'onere di documentare

l'esistenza di elementi di fondato sospetto di gravi irregolarità compiute dagli amministratori e potenzialmente dannose per la società, non anche l'effettiva sussistenza delle medesime irregolarità. Il fondato sospetto, peraltro, come evidenziato dalla giurisprudenza, non può basarsi su mere supposizioni o su rilievi sformati di valida dimostrazione e deve riferirsi al pericolo di un possibile danno futuro per la società o per una o più controllate (Trib. Palermo, 24 dicembre 1999; App. Lecce, 9 luglio 1999).

In ultima analisi occorre evidenziare come sia necessario al fine del ricorso *ex art. 2409* un potenziale danno per la società o per una o più controllate direttamente conseguente alle gravi irregolarità; presupposto, quest'ultimo, che rappresenta una rilevante novità rispetto alla vigente formulazione della norma in oggetto.

2.1 La legittimazione attiva

Per quel che concerne la legittimazione attiva a proporre il ricorso *ex art. 2409*, rilevanti sono le modifiche apportate dal riformatore.

Il primo comma della norma, infatti, riconosce la legittimazione attiva a tanti soci che rappresentino il decimo del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il ventesimo del capitale sociale, fatta salva diversa previsione statutaria con cui si consenta di ricorrere *ex art. 2409* a minori percentuali di partecipazione.

Il quarto comma specifica, inoltre, che la denuncia al tribunale può essere proposta anche dal collegio sindacale, dal consiglio di sorveglianza, dal comitato per il controllo sulla gestione, nonché, solamente in caso di irregolarità sospettate nell'ambito di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, dal P.M.

Dunque, come si evince dal testo della norma, le novità introdotte sotto il profilo della legittimazione attiva alla denuncia *ex art. 2409* sono molteplici.

Preliminarmente occorre segnalare i diversi quorum previsti per la denuncia dei soci, laddove il legislatore ha inteso differenziare le società c.d. "chiuse" dalle società c.d. "aperte". Nell'ambito delle prime, infatti, la denuncia *ex art. 2409* può essere avanzata da tanti soci che rappresentino almeno il decimo del capitale sociale, nell'ambito delle seconde si richiede il ventesimo del capitale sociale.

A ben vedere, nella formulazione della disposizione si è riprodotto quanto previsto sia dal codice civile vigente, sia dall'art. 128, co. 2, del d.lgs. n. 58/1998 (T.U.F.). Nell'art. 2409 c.c., infatti, la denuncia al tribunale può essere proposta da tanti soci che rappresentano il decimo del capitale sociale; nel secondo comma dell'art. 128 del T.U.F. si dispone che, nell'ambito delle società quotate, la denuncia di cui sopra può essere proposta da tanti soci che rappresentano almeno il cinque per cento del capitale sociale, ferma restando la previsione di percentuali inferiori recata dall'atto costitutivo (sul punto la giurisprudenza di merito ha più volte ribadito che la titolarità di quote che rappresentino i quorum richiesti deve sussistere fino al momento della pronuncia, configurandosi questo requisito come condizione di ammissibilità dell'azione in

assenza del quale viene meno l'interesse ad agire del denunciante; in questo senso, Trib. Verona, 10 gennaio 2001; App. Milano, 25 novembre 1998; Trib. Milano, 16 settembre 1998).

Pertanto, anche in occasione della riforma organica del diritto societario, come peraltro già accaduto relativamente alla riforma compiuta con il T.U.F., il legislatore delegato ha ritenuto opportuno mantenere la legittimazione attiva ad una minoranza qualificata e non al singolo socio, ancorché per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, di cui le società con azioni quotate rappresentano un sottoinsieme, abbia previsto una riduzione della percentuale.

Il singolo socio, invero, conserva la facoltà di denunciare i fatti al collegio sindacale ex art. 2408 o, nel solo caso di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, al P.M., affinché questi propongano la denuncia al tribunale.

E proprio nelle ipotesi di denuncia ex art. 2409 da parte del collegio sindacale e da parte del P.M. possono essere ravvisati gli elementi maggiormente significativi della riforma.

Sotto il primo profilo, la riforma, sulla scia di quanto previsto dal primo comma dell'art. 152 del T.U.F., – norma che, come è noto, ha anche riconosciuto la legittimazione attiva della Consob in caso di fondato sospetto di gravi irregolarità nell'adempimento dei doveri dei sindaci – ha disposto che la denuncia ex art. 2409 possa essere intentata dal collegio sindacale, ovvero dal consiglio di sorveglianza o dal comitato per il controllo sulla gestione.

Come rilevato dalla dottrina, l'attribuzione della legittimazione attiva in capo all'organo di controllo interno confermerebbe che l'interesse tutelato dal procedimento ex art. 2409 corrisponde non solo a quello di garantire i soci, bensì a quello generale della corretta amministrazione della società.

V'è da dire, peraltro, che la giurisprudenza di legittimità aveva riconosciuto in capo all'organo di controllo interno il precipuo compito di attivarsi e denunciare gli atti di *mala gestio* al P.M. affinché potesse essere promosso il procedimento di cui all'art. 2409 c.c. in ossequio al dovere di diligenza previsto dall'art. 2407. co. 1, c.c. e quando le gravi irregolarità nella gestione non potessero essere eliminate attraverso il ricorso a strumenti endosocietari (in questo senso Cass. 17 settembre 1997, n. 9252).

Per quel che concerne la legittimazione attiva del P.M., modificando sensibilmente la vigente disciplina, il riformatore ne ha limitato l'ambito alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, in altri termini alle società per cui “... *il notevole numero dei soci può giustificare un'iniziativa di tale organo pubblico*” (così espressamente la relazione illustrativa del d.lgs. n. 6/2003).

V'è da dire che la limitazione posta alla legittimazione attiva del P.M. contrasta con la *ratio* cui il procedimento della denuncia al tribunale è ispirato. L'azione del P.M., infatti, è stata concepita non per far valere un diritto soggettivo individuale, bensì per tutelare un diritto oggettivo, quello connesso con il corretto funzionamento della società.

Per altro verso, invece, la specificazione per cui la legittimazione attiva del P.M. esiste solamente nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, sembra consentire un'interpretazione estensiva in base alla quale anche nelle società quotate, a dispetto della mancata previsione nell'art. 152 del T.U.F., il P.M. è soggetto legittimato a proporre il ricorso ex art. 2409.

Invero, in base a quanto disposto dall'art. 2325 *bis* – per il quale sono società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio le società emittenti azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse tra il pubblico in misura rilevante – sembrerebbe che anche nelle società con azioni quotate le gravi irregolarità nella gestione possano venir denunciate dal P.M. In merito, si deve osservare che, nonostante il silenzio dell'art. 152 del T.U.F. sulla legittimazione attiva del P.M., tale legittimazione è stata finora desunta da giurisprudenza e dottrina in virtù dell'applicazione dell'ultimo comma del vigente art. 2409, norma generale che integra la disciplina speciale recata dal T.U.F.

Non solo. Sul punto della legittimazione attiva del P.M. si impone un'ulteriore opera di coordinamento con l'art. 166, co. 3, del T.U.F. in materia di intermediazione abusiva.

Le illustrate modifiche in relazione alla legittimazione attiva del P.M. comportano altresì alcune novità sul piano processuale. Si deve notare, infatti, che nel vigente sistema il ricorso introduttivo deve essere necessariamente notificato anche al P.M., in virtù delle disposizioni di cui all'art. 70 c.p.c. che prevede l'intervento del P.M. nelle cause che esso stesso può proporre (quelle, cioè, in cui il P.M. può per legge esercitare l'azione in via principale). Orbene, essendo state limitate le ipotesi di simili cause alle sole società che facciano ricorso al mercato del capitale di rischio, solo in questi casi si rende necessaria la notifica del ricorso al P.M. a pena di nullità del procedimento (la nullità, come rilevato da Cass. 3 maggio 2002, n. 5504, alla stregua del combinato disposto degli artt. 158 e 161 c.p.c., si converte in motivo di gravame e può essere fatta valere secondo le regole proprie dei mezzi di impugnazione cui è soggetta la sentenza).

2.2 *La legittimazione passiva*

L'art. 2409 *ex d.lgs. n. 6/2003* reca alcune significative modifiche anche con riguardo alla legittimazione passiva.

Come è noto, il vigente art. 2409, co. 1, c.c. prevede la denuncia al tribunale in caso di fondato sospetto di gravi irregolarità nell'adempimento dei doveri degli amministratori e dei sindaci. La novellata formulazione della disposizione, invero, reca al primo comma la previsione della denuncia *ex art. 2409* in presenza di fondato sospetto di gravi irregolarità nella gestione compiute dagli amministratori, tacendo rispetto alle irregolarità compiute dall'organo di controllo interno.

Dal tenore letterale della legge, dunque, sembra potersi escludere la legittimazione passiva in capo ai sindaci. Peraltro, le disposizioni recate nei commi seguenti del novellato art. 2409 potrebbero consentire una diversa interpretazione. In effetti in esse si specifica che il tribunale può sentire amministratori e sindaci in camera di consiglio e ordinare l'ispezione della società (comma secondo) e, nei casi più gravi, revocare gli amministratori ed anche eventualmente i sindaci (comma quarto). Inoltre, l'amministratore giudiziario può esercitare l'azione di responsabilità contro amministratori e sindaci (comma quinto).

Sulla base di quanto previsto nei commi secondo, quarto e quinto, alcuni hanno avanzato l'ipotesi che anche i sindaci possano essere i legittimati passivi del ricorso *ex art. 2409*: aderendo ad una simile interpretazione,

l'omissione nel primo comma dell'art. 2409 delle gravi irregolarità compiute dagli stessi sarebbe dovuta all'esigenza di scoraggiare ricorsi proposti solamente nei confronti dell'organo di controllo e non anche nei confronti dell'organo di gestione.

Eppure il comma primo del novellato art. 2409 precisa chiaramente che il fondato sospetto deve coinvolgere le gravi irregolarità nella gestione potenzialmente dannose per la società o le controllate compiute dagli amministratori in violazione dei doveri loro spettanti, con ciò escludendo le irregolarità conseguenti alla violazione dei doveri di controllo da parte dei componenti del collegio sindacale. I sindaci rimangono comunque esposti alla revoca dall'incarico nonché all'azione di responsabilità *ex art. 2393* esercitata dall'amministratore giudiziario.

Non è tutto. Anche con riguardo all'aspetto precipuo della revoca dei sindaci, la riforma ha introdotto una modifica di non poco conto. Il tribunale, infatti, nei casi più gravi, può revocare gli amministratori e solo eventualmente i sindaci. Il raffronto con la vigente disciplina evidenzia la novità introdotta dal riformatore. L'art. 2409, co. 3, c.c., difatti, dispone che il tribunale nei casi più gravi può revocare gli amministratori e i sindaci e nominare, determinandone i poteri e la durata, un amministratore giudiziario: pertanto, la revoca degli organi sociali è contestuale e il provvedimento, secondo alcuni, è finalizzato ad impedire la continuazione della gestione e del controllo in presenza dell'amministratore giudiziario.

Orbene, nella versione novellata dell'art. 2409, come sopra accennato, la revoca del collegio sindacale è prevista solo eventualmente. In tal modo si è inteso preferire la tesi di quanti, in dottrina e in giurisprudenza, hanno da tempo rilevato come il provvedimento di revoca delineato nel vigente art. 2409 c.c. possa essere irrogato per violazioni che riguardino solo gli amministratori e non anche i sindaci. Non solo. Il vigente art. 2409 c.c., come notato da alcuni, consentirebbe di lasciare prive di sanzioni le gravi irregolarità compiute solamente dagli amministratori e rispetto alle quali i sindaci non possono intervenire, come anche quelle gravi irregolarità poste in essere dall'organo di gestione che si sottraggono alla cognizione del collegio sindacale ancorché esso svolga diligentemente le proprie funzioni.

Alla luce delle suesposte considerazioni, la modifica recata dal d.lgs. n. 6/2003 è apprezzabile, a maggior ragione se si considera che sarebbe inopportuno revocare sindaci incolpevoli ovvero sindaci che, in virtù di quanto disposto dal settimo comma della norma in esame, si siano attivati per promuovere il procedimento.

3. L'ISPEZIONE DELL'AMMINISTRAZIONE DELLA SOCIETÀ E I C.D. RIMEDI ENDOSOCIETARI

I commi secondo e terzo dell'art. 2409 recano alcune delle più significative novità della riforma sul tema del controllo giudiziario *ex art. 2409*.

Nel primo, infatti, si specifica che il tribunale, sentiti in camera di consiglio gli amministratori e i sindaci, può ordinare l'ispezione dell'amministrazione della società a spese dei soci richiedenti, subordinandola eventualmente alla prestazione di una cauzione. Il provvedimento di ispezione è reclamabile.

Per quanto concerne l'ispezione, l'art. 9 delle Norme di attuazione e transitorie ripropone, seppure con le dovute modifiche conseguenti all'istituzione del registro delle imprese, la previsione recata dall'art. 103 delle Disp. Att. del codice civile, prevedendo che il relativo provvedimento sia disposto con decreto che deve essere comunicato, a cura del cancelliere, entro cinque giorni all'ufficio del registro delle imprese per l'iscrizione. Sulla natura dell'ispezione, poi, nel silenzio della legge di riforma, è lecito richiamare la recente giurisprudenza di merito che ha negato all'ispezione medesima la natura di consulenza tecnica, riconoscendole invece la natura di tipico mezzo di prova volto all'accertamento dei fatti e alla loro valutazione tecnica (*ex pluribus*, Trib. Roma, 13 luglio 2000; App. Firenze, 20 febbraio 1998).

L'aspetto di maggiore differenziazione tra il novellato art. 2409 e la disciplina vigente si riscontra nella parte in cui il comma secondo della norma in esame dichiara reclamabile il provvedimento di ispezione.

Come è noto, infatti, il vigente art. 2409 c.c. non si sofferma sull'aspetto precipuo della reclamabilità del decreto con cui il tribunale ordina l'ispezione e sul punto l'orientamento prevalente dei giudici di merito si è da tempo espresso nel senso dell'inammissibilità del reclamo dell'ordine di ispezione (App. Cagliari, 31 marzo 2000; App. Milano, 24 maggio 1996; App. Roma, 28 maggio 1998; *contra*, App. Venezia, 21 marzo 2000 che ha dichiarato reclamabili davanti alla Corte d'Appello, a norma degli artt. 739 e 742 *bis* c.p.c., il decreto del tribunale che dispone l'ispezione della società).

La Suprema Corte, poi, recependo tale orientamento, ha affermato che è inammissibile il ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost. avverso il decreto con cui la Corte d'Appello ha previamente dichiarato l'inammissibilità dell'ordine di ispezione della società adottato ai sensi dell'art. 2409 c.c. Invero, per i giudici di legittimità, il provvedimento *de quo* costituisce un atto di volontaria giurisdizione e quindi non assume carattere contenzioso neanche quando contenga statuizioni di revoca dell'organo di gestione e dell'organo di controllo (in questo senso Cass. 21 giugno 1999, n. 6241; conformi, Cass. 12 luglio 2000, n. 9257; Cass. 24 novembre 2000, n. 15173; Cass. 8 maggio 2001, n. 6365).

Tutto ciò posto, risulta evidente come il legislatore della riforma abbia introdotto un'impugnazione fino ad ora ritenuta inammissibile dalla costante giurisprudenza.

Passando all'esame del terzo comma del novellato art. 2409, significative appaiono essere le modifiche del procedimento di denuncia al tribunale.

Nella disposizione, infatti, il riformatore, al fine di evitare l'ispezione dell'amministrazione della società, ha previsto il ricorso a "rimedi endosocietari" (così espressamente la relazione illustrativa al d.lgs. n. 6/2003).

La disposizione precisa, infatti, che il tribunale non ordina l'ispezione e sospende per un periodo determinato il procedimento ex art. 2409 nel caso in cui l'assemblea sostituisca gli amministratori e i sindaci con soggetti di adeguata professionalità che si attivino senza indugio per accertare e, in caso positivo, per eliminare le violazioni riscontrate.

L'innovazione è di non poco conto e con essa il legislatore della riforma sembra aver recepito la prassi invalsa in alcuni tribunali e accolta con favore anche da parte della dottrina. La lettera della norma, però, comporta alcuni problemi interpretativi. Ci si interroga, ad esempio, se il tribunale possa valutare i requisiti di "adeguata professionalità" richiesti ai soggetti nominati per sostituire gli amministratori e i sindaci ovvero

se prima dell'adozione di ogni provvedimento successivo alla sospensione del procedimento – laddove le violazioni sussistano o quando i soggetti nominati durante il periodo di sospensione del procedimento non riescano ad eliminarle – il tribunale debba comunque sentire tali esperti e le parti in causa.

Infine, secondo alcuni, in base all'interpretazione letterale della norma e alla concatenazione logica delle disposizioni recate dai commi terzo e quarto della medesima, i nuovi soggetti nominati dall'assemblea durante la sospensione del procedimento esercitano una funzione necessariamente istruttoria, volta appunto *in primis* all'accertamento delle violazioni e *in secundis* al compimento degli atti necessari ad eliminare le violazioni eventualmente riscontrate.

4. L'AMMINISTRAZIONE GIUDIZIARIA

Come anticipato, il comma quarto dell'art. 2409 prevede che se dalle risultanze ispettive si riscontra l'esistenza delle violazioni denunciate o se gli accertamenti e le attività compiute dai soggetti nominati dall'assemblea durante la sospensione del procedimento risultano inadeguate alla rimozione di tali violazioni, il tribunale può disporre gli opportuni provvedimenti provvisori e convocare l'assemblea per le conseguenti deliberazioni. Nei casi più gravi, il tribunale può procedere alla revoca degli amministratori ed eventualmente anche a quella dei sindaci nominando un amministratore giudiziario di cui determina poteri e durata.

Orbene, il tribunale nei casi menzionati può:

- a) disporre gli opportuni provvedimenti provvisori che ritenga idonei ad impedire il compimento di nuove irregolarità o ad evitare che quelle già poste in essere provochino maggiori danni, ovvero i provvedimenti volti ad assicurare un andamento relativamente regolare della gestione dal momento in cui venga emanato il decreto di convocazione dell'assemblea alla data in cui la stessa si riunisce;
- b) revocare, nei casi più gravi, vale a dire quando ritenga che la semplice sostituzione da parte dell'assemblea non possa condurre al superamento delle irregolarità gestionali riscontrate, gli amministratori ed eventualmente i sindaci e nominare l'amministratore giudiziario.

Con riguardo al primo punto, va evidenziato che il riformatore non si è discostato dalla vigente disciplina se non nell'aver qualificato “provvisori” quei provvedimenti che nel vigente art. 2409 c.c. sono indicati come “cautelari”. La sostituzione sembra dovuta all'esigenza di evitare equivoci interpretativi: cautelari, infatti, sono i provvedimenti previsti negli artt. 669 *bis* e ss. c.p.c. dei quali la giurisprudenza ha da tempo negato l'applicazione nei procedimenti di cui all'art. 2409 c.c. La specificazione della provvisorietà dei provvedimenti, allora, appare opportuna atteso che, come sopra evidenziato, questi sono misure, anche atipiche, dovute alla necessità di provvedere in via di urgenza in attesa della deliberazione assembleare (tra i provvedimenti più frequentemente utilizzati dai tribunali si segnalano quello della sospensione degli amministratori, anche con riguardo ad alcuni specifici compiti ovvero quello con cui il tribunale ordina agli

stessi di porre in essere determinati atti, come ad esempio la relazione di una situazione patrimoniale o la relazione sull'attività compiuta).

Occorre precisare, inoltre, che il tribunale nell'adozione dei detti provvedimenti non può discrezionalmente optare tra quelli meno drastici di cui al summenzionato punto a) e quelli più gravi di cui al punto b), essendo tenuto al rispetto dei principi processuali di cui agli artt. 90 e 112 c.p.c. (rispettivamente principio della domanda e principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato), dimodoché può prendere unicamente i provvedimenti che vengano espressamente richiesti dai denunzianti nel ricorso.

Con riferimento all'aspetto della revoca rimandiamo alle osservazioni precedentemente avanzate in punto di legittimazione passiva.

Per quel che concerne la nomina, le funzioni ed i poteri dell'amministratore giudiziario, su cui giurisprudenza e dottrina sono sovente intervenute, ci limitiamo in questa sede a rilevare gli aspetti maggiormente innovativi introdotti con la riforma del diritto societario.

Ai sensi del quinto comma dell'art. 2409 *ex d.lgs. n. 6/2003*, l'amministratore giudiziario può proporre l'azione di responsabilità contro gli amministratori e i sindaci: in questa ipotesi, trova applicazione l'ultimo comma dell'art. 2393. Orbene, rispetto alla vigente formulazione dell'art. 2409 c.c., la riforma sembra ammettere la rinuncia o la transazione all'azione di responsabilità proposta dall'amministratore giudiziario nominato dal tribunale durante l'amministrazione giudiziaria. L'ultimo comma dell'art. 2393 *ex d.lgs. n. 6/2003*, invero, precisa che la società può rinunciare all'esercizio dell'azione di responsabilità e può transigere l'azione medesima, allorché esista un'espressa deliberazione dell'assemblea in merito e purché non risulti il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, almeno un ventesimo del capitale sociale, ovvero le diverse misure statutariamente previste. Sulla portata normativa della citata disposizione è intervenuta la relazione illustrativa che si è premurata di precisare come in caso di proposizione dell'azione di responsabilità da parte dell'amministratore giudiziario, l'assemblea potrà valutare l'opportunità di continuare o meno il giudizio quando le funzioni dell'amministratore medesimo siano cessate.

Non solo.

Si noti anche che le funzioni e i poteri dell'amministratore giudiziario sono attualmente disciplinati dagli artt. 92 - 94 delle Disp. Att. del codice civile.

Il d.lgs. n. 6/2003, non apportando rilevanti modifiche all'art. 93 delle Disp. Att. c.c. – in base al quale l'amministratore giudiziario è, nell'esercizio delle sue funzioni, pubblico ufficiale –, prevede alcune novità in relazione alle restanti disposizioni.

In primo luogo, nel novellato art. 92 delle Norme di attuazione e transitorie si specifica che i provvedimenti dell'amministratore giudiziario che eccedano l'ordinaria amministrazione debbano essere autorizzati dal tribunale in composizione collegiale e non più dal presidente del tribunale. Simile approvazione è richiesta altresì quando l'amministratore giudiziario, essendogli stati conferiti per determinati atti i poteri dell'assemblea, adotti le relative delibere. Anche il compenso dell'amministratore è determinato dal tribunale.

In secondo luogo, nell'art. 94 si precisa che l'amministratore giudiziario deve adempiere ai doveri del proprio ufficio con la diligenza richiesta dalla natura del proprio ufficio e può essere revocato dal tribunale su richiesta dei soggetti legittimati a chiederne la nomina.

Sotto il primo profilo, vale a dire quello attinente il regime della responsabilità dell'amministratore giudiziario, il legislatore delegato utilizza come parametro di riferimento la diligenza richiesta dalla natura dell'ufficio rivestito, riproponendo la formula impiegata per delineare il regime di responsabilità previsto per amministratori e sindaci. Con ciò il riformatore sembra aver adottato il principio di cui all'art. 1176, co. 2, c.c. il quale, relativamente all'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, richiede che la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura propria dell'attività esercitata. Sotto il secondo profilo, quello attinente l'istituto della revoca dell'amministratore giudiziario, il d.lgs. n. 6/2003 dispone che il provvedimento venga adottato su richiesta dei soggetti legittimati a chiederne la nomina, vale a dire degli stessi soggetti denunzianti, in base ai summenzionati principi processuali della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato.

La previsione da ultimo menzionata innova il vigente regime in cui l'amministratore giudiziario può essere revocato su richiesta del P.M. o di chiunque vi abbia interesse.

Il sesto comma del novellato art. 2409 prevede che, alla scadenza dell'incarico attribuitogli, l'amministratore giudiziario dovrà:

- rendere conto al tribunale;
- convocare e presiedere l'assemblea per la nomina dei nuovi amministratori e dei sindaci o per proporre, se del caso, la messa in liquidazione della società o la sua ammissione ad una procedura concorsuale.

Tale ultima previsione obbliga ad alcune precisazioni. Va notato, infatti, come l'amministratore giudiziario sia tenuto a convocare e a presiedere l'assemblea per la nomina dei nuovi amministratori e dei sindaci, nonché per la deliberazione della messa in liquidazione della società o la sua ammissione ad una procedura concorsuale, riconoscendo all'amministratore un potere, quello di proporre l'ammissione ad una procedura concorsuale, non contemplato nel vigente art. 2409 c.c. (sul punto, la dottrina, in vigenza dell'art. 2409 c.c., nel silenzio della legge, ha ritenuto che l'amministratore giudiziario fosse tenuto a richiedere la dichiarazione di fallimento della società, quando ne riscontrasse gli estremi, ai sensi degli artt. 217 e 224 l.f. che, come è noto, sanzionano per il reato di bancarotta semplice l'imprenditore o quanti, amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società abbiano, tra le altre ipotesi di reato, aggravato il dissesto astenendosi dal richiedere la dichiarazione di fallimento o non osservando gli obblighi ad essi imposti dalla legge).

5. PROFILI PROCESSUALI

In virtù del rinvio operato dall'art. 33 del d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, recante la disciplina per la *“Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in*

materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366", si applicano al procedimento di cui all'art. 2409 le disposizioni previste nella sezione II del capo II del titolo IV del menzionato d.lgs. n. 5/2003. Le dette previsioni attengono al procedimento in camera di consiglio nei confronti di più parti. Conseguentemente, al procedimento ex art. 2409 si applicano altresì le disposizioni generali contenute nel capo I del titolo IV negli artt. 25 - 27 relative al procedimento camerale.

Preliminarmente occorre evidenziare come, per espressa previsione della norma in esame, il ricorso ex art. 2409 vada notificato anche alla società (art. 2409, co. 1). La specificazione è di non poco conto atteso che con essa si intende ammettere implicitamente che necessari contraddittori dei ricorrenti sono gli amministratori (e i sindaci se si riconosce loro la legittimazione passiva), mentre la società può intervenire nel procedimento (la costante giurisprudenza di merito ha escluso che la società sia parte nel procedimento di cui all'art. 2409 c.c.; in questo senso *ex pluribus*, Trib. Bologna 30 aprile 1996; Trib. Napoli, 4 dicembre 1998; App. Bologna, 18 maggio 1999; Trib. Roma, 13 luglio 2000).

Sul punto, inoltre, occorre osservare come la società interveniente in giudizio debba nominare ai fini dell'intervento stesso un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 c.p.c.: presumibilmente la società non potrà essere legalmente rappresentata dagli amministratori nei cui confronti esiste il fondato sospetto di gravi irregolarità nella gestione.

Passando ad altri aspetti processuali del procedimento, si impone una sintetica disamina delle disposizioni più significative del citato d.lgs. n. 5/2003 relativo ai procedimenti camerati.

In ossequio al nuovo rito, il ricorso introduttivo deve essere depositato nella cancelleria del tribunale del luogo in cui la società ha sede legale (in passato la giurisprudenza tendeva a privilegiare il luogo della sede effettiva della società; in questo senso, tra le decisioni più recenti, si veda Trib. Monza, 26 aprile 2001; Trib. Como, 13 novembre 1999; App. Milano, 25 novembre 1998). Si richiede il ministero di un difensore. Il giudice in composizione collegiale provvede con decreto motivato immediatamente esecutivo entro 20 giorni dal deposito del ricorso o dall'udienza, se fissata. In caso di rigetto non è consentito riproporre l'istanza se non sia fondata su nuovi presupposti di fatto. Il provvedimento di accoglimento può essere revocato o modificato dallo stesso giudice che lo ha emesso solamente in presenza di nuove circostanze. I provvedimenti del tribunali possono essere sospesi dal presidente del collegio con decreto del tribunale, in presenza di gravi motivi e in sede di reclamo.

Per quel che concerne, poi, l'aspetto precipuo del procedimento nei confronti di più parti, si evidenziano le disposizioni che prevedono:

- la possibilità che all'udienza il collegio assuma le informazioni ritenute necessarie alla definizione delegando uno dei suoi componenti;
- la possibilità che il presidente del collegio adotti un decreto *inaudita altera parte* in presenza di eccezionale e motivata urgenza;
- la possibilità che ciascuna parte, fino alla conclusione dell'udienza camerale, chieda che sia decisa con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale della quale il giudice deve conoscere ai fini della definizione del procedimento.

In conclusione, occorre accennare alla disciplina transitoria prevista dall'art. 223 *novies* delle Norme di attuazione e transitorie del d.lgs. n. 6/2003 ove si specifica che i procedimenti di cui all'art. 2409, pendenti alla data del primo gennaio 2004, proseguono secondo le norme anteriormente vigenti. Si prevede, inoltre, che il tribunale ha il potere di dichiarare cessata la materia del contendere, qualora le modifiche introdotte comportino la sanatoria delle irregolarità denunciate.

La disposizione citata da ultimo va intesa nel senso che il tribunale potrà dichiarare cessata la materia del contendere quando, in base alla novellata disciplina del d.lgs. n. 6/2003, alcuni comportamenti posti in essere dall'organo di gestione non comportino gravi irregolarità.

6. IL CONTROLLO GIUDIZIARIO EX ART. 2409 NELLA S.A.P.A.

In base a quanto previsto dall'art. 2454 *ex* d.lgs. n. 6/2003 si applicano alle s.a.p.a. le disposizioni relative alle s.p.a., in quanto compatibili.

Come da tempo rilevato in dottrina, il controllo giudiziario *ex* art. 2409 non sembra incompatibile con la peculiare disciplina delle s.a.p.a. Pertanto, il procedimento di controllo giudiziario di cui all'art. 2409 troverà applicazione, nella novellata formulazione introdotta con la riforma del diritto societario, anche nei casi in cui si ravvisi il fondato sospetto di gravi irregolarità nella gestione da parte dei soci accomandatari i quali, come noto, sono di diritto amministratori della società (art. 2454, co. 2).

Invero, sorgono problemi di coordinamento tra la peculiare disciplina della cessazione dall'ufficio di tutti gli amministratori e la disciplina dell'amministrazione giudiziaria *ex* art. 2409 in caso di revoca degli amministratori medesimi.

L'art. 2458, riproponendo la disciplina del codice civile, prevede infatti che, in caso di cessazione dall'ufficio di tutti gli amministratori – dunque di tutti gli accomandatari –, la società si scioglie se nel termine di sei mesi non si provvede alla loro sostituzione. In questo periodo il collegio sindacale è tenuto a nominare un amministratore provvisorio per il compimento degli atti di ordinaria amministrazione.

Orbene, alla luce delle riportate disposizioni, il nostro ordinamento ammette una s.a.p.a. con solo soci accomandanti per un periodo non superiore a sei mesi durante il quale l'amministratore provvisorio provvede all'ordinaria amministrazione. Pertanto, pendente il procedimento *ex* art. 2409, nel caso in cui l'amministrazione giudiziaria disposta dal tribunale si protraesse per oltre sei mesi, risulterebbe violata la previsione recata dall'art. 2458.

Secondo la dottrina, allora, in questa ipotesi, vista la necessità di tutela di svariati interessi cui risulta finalizzato il procedimento *ex* art. 2409, visti anche i poteri e le funzioni esercitate dall'amministratore giudiziario, nell'ambito della disciplina relativa alla s.a.p.a. trova applicazione l'art. 2409 e, conseguentemente, l'amministrazione giudiziaria della società può eccedere il limite temporale dei sei mesi previsto dall'art. 2458.

7. IL CONTROLLO GIUDIZIARIO EX ART. 2409 NELLA S.R.L.

Come anticipato, il d.lgs. n. 6/2003 ha eliminato il controllo giudiziario ex art. 2409 nelle s.r.l.

La scelta del legislatore delegato sembra motivata dall'aver riconosciuto in capo ai soci di s.r.l. il potere di proporre l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori e di chiedere contestualmente la provvisoria revoca giudiziale dell'amministratore in presenza di gravi irregolarità (art. 2476, co. 3).

Sulla base di questa soluzione è sembrato logico, come si legge nella relazione illustrativa al d.lgs. n. 6/2003, ritenere superflue e in larga misura contraddittorie con la filosofia cui è ispirato il nuovo sistema della s.r.l. le forme di intervento giudiziale previste dall'art. 2409, in quanto “... esse sono sostanzialmente assorbite dalla legittimazione alla proposizione dell'azione sociale di responsabilità da parte di ogni socio e dalla possibilità di ottenere in quella sede provvedimenti cautelari come la revoca degli amministratori. La prospettiva è in sostanza quella di fornire ai soci uno strumento in grado di consentire ad essi di risolvere i conflitti interni alla società ...”.

La scelta del legislatore, ancorché trovi giustificazione nella nuova struttura contrattuale della s.r.l., non ha incontrato il favore dei primi commentatori.

In effetti, tra il procedimento di denuncia al tribunale ex art. 2409 e quello di responsabilità promosso nei confronti degli amministratori ex art. 2476 esistono non poche differenze. Sul punto, basta accennare alla profonda diversità tra i provvedimenti che il tribunale può adottare nell'ambito del procedimento di cui all'art. 2409 e il provvedimento cautelare della revoca adottabile, su richiesta di ciascun socio, nell'ambito del giudizio intentato per l'accertamento della responsabilità degli amministratori.

Come esaminato in precedenza, infatti, molteplici sono i provvedimenti che il tribunale può adottare in corso di giudizio ex art. 2409 e la revoca dell'organo di amministrazione è nell'ambito dello stesso procedimento concepita solamente come misura estrema e residuale (prevista nei casi più gravi). Si noti, inoltre, che la revoca degli amministratori e quella eventuale dei sindaci comporta nel giudizio ex art. 2409 la nomina di un amministratore giudiziario assente, al contrario, nel procedimento di cui all'art. 2476.

8. IL CONTROLLO GIUDIZIARIO EX ART. 2409 NELLA SOCIETÀ COOPERATIVA

L'art. 2545 *quinquiesdecies* estende il controllo giudiziario ex art. 2409 alle società cooperative. Più specificamente la norma prevede che i fatti previsti dall'art. 2409 possono essere denunciati al tribunale dai soci che siano titolari del decimo del capitale sociale ovvero da un decimo del numero complessivo dei soci e, nelle società cooperative che hanno più di tremila soci, da un ventesimo dei soci.

Nella medesima disposizione si è inoltre previsto che il ricorso deve essere notificato a cura dei ricorrenti anche all'autorità di vigilanza. Il tribunale, dopo aver sentito in camera di consiglio gli amministratori, i sindaci e l'autorità di vigilanza, dichiara improcedibile il ricorso se per gli stessi fatti l'autorità di vigilanza

abbia nominato un ispettore o un commissario. Viceversa, l'autorità di vigilanza dispone la sospensione del procedimento amministrativo dalla medesima iniziato se per gli stessi fatti il tribunale ha nominato un ispettore o un amministratore giudiziario.

Dalle citate disposizioni, dunque, risulta l'estensione a tutte le cooperative – anche a quelle costituzionalmente riconosciute, come evidenzia la relazione illustrativa al d.lgs. n. 6/2003 – del controllo giudiziario previsto dall'art. 2409, controllo attualmente non contemplato in quanto si è ritenuto esaustivo quello esercitato dall'autorità di vigilanza.

Il legislatore delegato, però, ha compiutamente disciplinato i rapporti tra giudice ordinario e autorità di vigilanza che, nella nuova disciplina del procedimento di denuncia al tribunale delle gravi irregolarità compiute nelle società cooperative, diventa parte necessaria del procedimento. Più precisamente, l'art. 2545 *quinquiesdecies* stabilisce che nelle ipotesi di litispendenza del procedimento davanti all'autorità giudiziaria e all'autorità di vigilanza, si adotterà il criterio della prevenzione.

Sul punto v'è da dire però che il procedimento del tribunale si arresta definitivamente se per gli stessi fatti l'autorità di vigilanza ha già nominato un ispettore o un commissario, mentre nell'ipotesi inversa l'autorità di vigilanza dispone la sospensione del procedimento iniziato dalla medesima qualora il tribunale abbia nominato per gli stessi fatti un ispettore o un amministratore giudiziario. Dunque, nel decreto delegato è stata riservata una posizione prevalente al controllo amministrativo rispetto al controllo giudiziario.

FONDAZIONE ARISTEIA – Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti

Via Torino 98 – 00184 Roma

Tel. 06/4782901 – Fax 06/4874756 – www.aristeia.it

