

Ricorso del socio e denuncia al tribunale per gravi irregolarità

In ogni numero della rivista trattiamo una questione dibattuta a cui i nostri esperti forniscono una soluzione operativa. Una guida indispensabile per affrontare le problematiche applicative inerenti al diritto societario, con una finestra "aperta" sulle eventuali correlate implicazioni fiscali.

a cura della **Commissione di diritto societario**
dell'Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di Milano

coordinamento di **Enrico Holzmler***

LA QUESTIONE



Il socio di minoranza di una s.p.a. chiede lumi in merito ai presupposti e all'iter giudiziario di una denuncia ex art. 2409 cod. civ. In particolare, si vuole sapere quali possano essere le "gravi irregolarità" che possono condurre il tribunale a ordinare l'ispezione giudiziaria della società e, in ultimo, a decretare l'azzeramento degli organi sociali e nominare l'amministratore giudiziario.

La trattazione

Il quesito posto all'attenzione dello scrivente necessita, ai fini di una compiuta risposta, di un breve inquadramento a livello normativo della fattispecie in esame. L'art. 2409 cod. civ. viene rubricato come "Denuncia al tribunale" e si inserisce all'interno del gruppo di norme facenti parte del libro V (del lavoro) dedicate al collegio sindacale.

L'articolo immediatamente precedente - il 2408 cod. civ. - riguarda appunto le denunce effettuate da soci direttamente all'organo di controllo. Anche a livello di collocazione all'interno della normativa civilistica, l'articolo in esame appare come l'ultima e certamente la più significativa azione a disposizione dei soci per contrastare comportamenti illeciti commessi dagli amministratori a danno della società. Il paragrafo di cui fa parte l'articolo è quello relativo al collegio sindacale e tale collocazione era propria già dell'impianto normativo del 1942 poi confermato dalla riforma del diritto societario del 2003; a seguire l'art. 2409 sono state inserite le norme che disciplinano la revisione legale, sia che essa sia affidata a una società di revisione, sia che essa sia svolta dal collegio sindacale nelle ipotesi previste dal 2409-*bis*, comma 2.

* Presidente Commissione di Diritto societario Odcec Milano.

Le gravi irregolarità nel dopo riforma

Prima di entrare nel dettaglio in risposta al quesito formulato, che pone l'attenzione sulla portata delle "gravi irregolarità" che gli amministratori devono commettere perché si realizzi il presupposto necessario ad azionare la denuncia al tribunale, appare doveroso ricordare che il riformato articolo 2409 cod. civ. ha espressamente previsto che le gravi irregolarità attengano esplicitamente alla gestione della società e siano commesse dagli amministratori in violazione dei loro doveri.

Il precedente testo normativo prevedeva invece che presupposto di denuncia al tribunale *ex art. 2409 cod. civ.* fossero le gravi irregolarità intese come generico inadempimento dei doveri degli amministratori e dei sindaci (organo societario non più citato nel testo dell'articolo riformato). L'estensione prevista dal precedente testo normativo era tale che in essa venivano ricomprese ogni tipo di irregolarità tra cui anche quelle relative al funzionamento dell'organizzazione societaria^[1].

La riforma del diritto societario ha delimitato l'ambito di applicabilità della norma relativa alla denuncia al tribunale alle gravi irregolarità limitatamente alla gestione intesa come, appunto, esercizio dell'attività imprenditoriale. Tuttavia è corretto segnalare che tale precisazione non ha apportato un elemento di sicura novità rispetto alla prassi delle denunce effettuate al tribunale nell'esperienza ante-riforma, considerato che, anche all'epoca, centrale risultava essere l'elemento afferente l'aspetto connesso alla gestione societaria.

La maggiore specificità del testo riformato - che introduce anche l'elemento di potenziale danno alla società e a una o più delle sue controllate - rispetto a quello più asciutto e stringato del 1942, sembra quindi circoscrivere e limitare l'ambito di applicabilità della denuncia *ex art. 2409*: tuttavia, è opportuno segnalare che la pregressa giurisprudenza aveva già compiuto un'importante esplicazione/determinazione delle circostanze che avrebbero potuto condurre a considerare validamente esperibile la denuncia al tribunale *ex art. 2409* con ciò svolgendo, rispetto al testo normativo che sarebbe intervenuto, un'inconsapevole e preventiva azione di raccordo interpretativo. È su questo terreno che si deve interpretare l'elemento di novità introdotto dalla riforma: debbono certamente essere considerate gravi le «(...) irregolarità della gestione (...) (commesse dagli amministratori quali) (...) conseguenza di violazione (...) del loro dovere di agire, nell'ambito dei confini segnati dall'oggetto sociale, in modo informato e con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e delle loro specifiche competenze»^[2].

È chiaro quindi che a misurare il grado di gravità che dette violazioni portano alla società è il livello di pregiudizio che la stessa sopporta in termini generali e più specificamente il rischio di detrimento del patrimonio sociale.

La gravità delle violazioni si misurano sul livello di pregiudizio che la società sopporta e sul rischio di detrimento del patrimonio sociale

La mancata indicazione dei sindaci come invece presente nel testo legislativo del 1942 è conseguenza dell'accento che si è volutamente posto sul tema della gestione con ciò tuttavia poco modificando rispetto alle responsabilità che i sindaci incontrano nel loro operare e al rischio che determinati comportamenti omissivi nell'esercizio delle loro funzioni possano poi tradursi, in sede giudiziaria, in un elemento di concorso con l'operare degli amministratori e pertanto sanzionabile al pari degli stessi.

(1) V. *Salafia*, in *Collegio sindacale - controllo contabile*, pag. 305, in *Commentario alla riforma delle società*, a cura di P. Marchetti, Milano.

(2) P. Marchetti, a cura di, *Commentario alla riforma delle società*, Amministratori, Milano.

Un esempio concreto di elemento presupposto alle gravi irregolarità

Esaminati gli aspetti più propriamente giuridici, è opportuno analizzare un esempio concreto che possa tradursi nella denuncia *ex art.* 2409 cod. civ.

Innanzitutto l'articolo prevede che sia il socio detentore di una quota almeno pari al 10 per cento del capitale sociale (percentuale che può essere raggiunta anche dal ricorso congiunto di più soci) per le società con azioni non quotate (per quelle con i titoli in Borsa la percentuale si riduce al 5 per cento) a presentare denuncia al tribunale con ricorso notificato anche alla società.

Volendo calarsi nel concreto di una possibile applicazione dell'articolo in esame, si ipotizzi che la società Omega s.p.a. abbia una compagine sociale formata da quattro soci persone fisiche (per ipotesi "A", "B", "C" e "D") riconducibili a due diverse famiglie e operi nel settore della produzione di pneumatici. Si ipotizzi che A, B e C appartengano alla medesima famiglia e possiedano insieme il 65 per cento del capitale sociale mentre D sia soggetto terzo appartenente a un'altra famiglia con il 35 per cento residuo. Sempre per ipotesi si ritenga che il consiglio d'amministrazione sia formato dai quattro soci e da una quinta persona (il sig. "E"), fratello del socio D.

Sempre in relazione all'esempio che si sta costruendo, si assuma che la società Omega goda di ottima "salute" finanziaria disponendo di ampia liquidità impiegata dagli amministratori in prodotti di investimento a breve termine di emanazione bancaria in attesa di un più consono impiego in termini di investimento nel settore produttivo industriale in cui la stessa Omega opera (impiego che potrebbe avvenire mediante l'acquisto di concorrenti o il realizzo di nuovi stabilimenti). In questo quadro il consiglio opera con una certa serenità potendo disporre della maggioranza dei consiglieri quali membri di un'unica famiglia, con la conseguenza che inevitabilmente i soci di riferimento (A, B e C) ne condizionano pesantemente le decisioni operative.

Allo scadere di alcuni prodotti finanziari bancari a breve termine (circa 1/3 della liquidità societaria totale) i consiglieri vengono chiamati dal presidente ad analizzare una possibilità di impiego differente della liquidità realizzando una *joint venture* e co-finanziando una società oltreoceano che studia *habitat* e condizioni di vita di alcuni grandi mammiferi. L'operazione viene proposta e supportata in termini di voti dai consiglieri A, B e C: contrari i consiglieri D ed E i quali contestano l'inopportunità di una simile operazione, la mancanza dell'elemento di imprenditorialità in un simile investimento e la totale assenza di qualsiasi garanzia che Omega possa rientrare del finanziamento erogato. Della medesima opinione il collegio sindacale che ne ravvisa anche l'estraneità rispetto all'oggetto sociale.

La *joint venture* viene realizzata pochi giorni dopo la delibera di consiglio. In un quadro così delineato si ipotizzi altresì che gli amministratori dissenzienti vengano a conoscere che uno degli amministratori aveva avuto un interesse quale socio fondatore della società che oltreoceano opera in ambito naturalistico. Tale circostanza viene valutata dagli amministratori D e E con grande attenzione in quanto, seppur non attuale alla data della delibera, appare temporalmente inscindibilmente connessa a essa.

L'esempio proposto introduce un possibile elemento scatenante di una contestazione che sfoci in una denuncia *ex art.* 2409 cod. civ. ma per essere correttamente individuato deve necessariamente essere accompagnato da una successiva attività finalizzata all'ottenimento di informazioni e chiarimenti. In tal senso, il collegio sindacale deve operare con grande equilibrio - anche considerato che Omega (come detto nell'esempio) gode di ottima salute economica e finanziaria - senza tuttavia sottrarsi in alcun modo ai propri obblighi di vigilanza nel rispetto dello statuto, dei diritti dei soci di minoranza e soprattutto nella conservazione dell'azienda nel suo complesso intesa come universalità di interessi non limitati ai meri detentori delle azioni.

La mancata citazione dei sindaci nell'art. 2409 riformato è conseguenza dell'accento che si è volutamente posto sul tema della gestione sociale

Un diverso atteggiamento del collegio sindacale potrebbe configurare, in un successivo momento, il grave rischio conseguente all'omessa vigilanza e, in sede di eventuale amministrazione giudiziaria, la concreta possibilità di un'azione di responsabilità insieme agli amministratori.

Se nell'esempio,

- il comportamento tenuto dagli amministratori favorevoli alla delibera non ha trovato una successiva possibilità di spiegazione e terreno di confronto su temi fondamentali, quali le garanzie ottenute;

In caso di omessa vigilanza da parte dei sindaci e di amministrazione giudiziaria, vi è il rischio di un'azione di responsabilità insieme agli amministratori

- tale preoccupazione è stata altresì condivisa dal collegio sindacale il quale ha cercato di ottenere informazioni e chiarimenti e portato a conoscenza dell'assemblea la circostanza tramite sua apposita convocazione;
- tutto ciò non ha quindi consentito di superare il convincimento che un grave pregiudizio possa essere sofferto dalla società Omega nell'esempio;

stante queste premesse, appare del tutto evidente come una delle strade percorribili sia propriamente quella di sottoporre la questione all'autorità giudiziaria.

Il ricorso ex art. 2409 cod. civ. all'autorità giudiziaria

Il ricorso viene quindi presentato al tribunale^[3] di competenza della sede legale e notificato alla società, la quale non potrà stare autonomamente in giudizio e certamente non potrà essere rappresentata da coloro che - pur rappresentanti legali - hanno posto in essere il comportamento censurabile. Sarà pertanto necessario che il tribunale nomini un curatore speciale ex art. 78 cod. proc. civ. il quale si farà assistere da un avvocato nel caso intenda costituirsi come parte lesa del procedimento (azione che in questa fase avviene ovviamente in sede civile).

Se i giudici del tribunale, riuniti in collegio e dopo aver sentito amministratori e sindaci, ritenessero meritevole di considerazione il ricorso avanzato dal ricorrente, quasi certamente, attenendosi al dettato della norma, richiederanno un'ispezione giudiziaria della società nominando un proprio consulente tecnico.

L'attività dell'ispettore giudiziario dovrà uniformarsi a criteri di assoluta imparzialità e obiettività: egli dovrà verificare attentamente i libri sociali e ricostruire i fatti oggetto di contestazione ed espressamente indicati dal tribunale nel quesito assegnato; egli dovrà altresì verificare la contabilità aziendale e comprendere che grado di attendibilità hanno i dati, che efficienza di controlli interni sono effettuati dal settore amministrativo, che accuratezza viene posta nell'interpretazione dei fatti e accadimenti aziendali.

Il tutto comunque dovrà essere attentamente calibrato in relazione alla tipologia di irregolarità commessa dagli amministratori nella gestione. Non si deve dimenticare infatti che dette irregolarità possono non necessariamente e automaticamente interessare il settore amministrativo ma attenersi anche altri ambiti sempre di pertinenza degli amministratori quali a titolo esemplificativo e certamente non esaustivo la sicurezza, la *privacy* o l'ambiente.

Il compito dell'ispettore nel caso relativo alla società Omega

I giudici del tribunale riuniti in collegio, sentiti amministratori e sindaci, quando valutano il ricorso fondato, dispongono un'ispezione giudiziaria della società nominando un proprio consulente tecnico

(3) Nel caso del tribunale di Milano, il ricorso viene proposto avanti la Sez. VIII (rito societario).

sarà certamente finalizzato a comprendere se i fatti e presupposti all'azione avanzati dal ricorrente possano considerarsi attendibili e giustificati.

Terminato il proprio lavoro l'ispettore dovrà informare il tribunale depositando una relazione scritta all'attenzione del collegio: la relazione dovrà contenere l'incarico ricevuto, una breve descrizione dell'azienda e dei rapporti di tipo societario ed economico in essere, l'analisi dei fatti oggetto di quesito accompagnata da ogni e qualsiasi documento ritenuto utile da allegare all'elaborato, le conclusioni cui è giunto l'ispettore e un'analisi dei rischi eventualmente sofferti dalla società, in ultimo una breve sintesi degli aspetti rilevanti emersi dall'ispezione.

L'ispezione della società è certamente l'unica strada percorribile dal tribunale nel caso dell'esempio ipotizzato, dove esiste forte sovrapposizione tra soggetti che ricoprono la qualità di amministratori e soci.

Non è però, in generale, l'unica strada percorribile in quanto il tribunale, ai sensi del comma 3 dell'art. 2409 cod. civ., potrebbe sospendere il procedimento nel caso l'assemblea della società revocasse gli amministratori e li sostituisse con altri che accertino se le violazioni sussistono e, nel caso, con quali modalità possano essere eliminate.

Riprendendo il caso-esempio di Omega, il tribunale dovrà valutare le conclusioni raggiunte dall'ispettore nella propria relazione e, se queste dovessero confermare il pregiudizio sofferto dalla società in ragione dei comportamenti posti in essere dagli amministratori e censurati dal ricorrente, quasi certamente provvederà all'azzeramento degli organi sociali e alla nomina di un amministratore giudiziario. L'azzeramento degli organi sociali appare necessario al fine di garantire il riequilibrio verso il rispetto delle regole da parte di chi gestisce la società: se appare scontato che il tribunale provveda ad azzerare l'intero consiglio d'amministrazione, meno ovvio sembra essere l'azzeramento del collegio sindacale in tutti quei casi in cui lo stesso ha ben ottemperato ai doveri di vigilanza propri del mandato.

Tale circostanza è ravvisabile dal tenore del comma 4 dell'art. 2409 cod. civ., che precede la parte relativa ai sindaci con

l'avverbio «eventualmente». Si creerebbe comunque una situazione particolare in cui l'organo deputato al controllo dovrebbe vigilare sull'operato di un amministratore nominato direttamente dal tribunale e che allo stesso risponderrebbe direttamente del proprio operato. Non bisogna infatti dimenticare che la nomina dell'amministratore giudiziario non avverrebbe in sede di volontaria giurisdizione (come è per il liquidatore giudiziario) ma nell'ambito di un procedimento di natura civile che deve necessariamente concludersi con la nomina di un nuovo consiglio d'amministrazione da parte dell'assemblea della società.

Il ruolo dell'amministratore giudiziario è proprio quello di "traghetare" la società verso una nuova fase di *governance* eliminando pertanto il rischio che possano reiterarsi comportamenti non ispirati alla sana e corretta gestione. Tra i suoi compiti vi è anche quello di proporre l'azione di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci qualora ritenuta necessaria. Più precisamente, l'amministratore giudiziario dovrà rendere conto al tribunale che lo ha nominato della propria gestione: egli dovrà inoltre convocare l'assemblea e presiederla al fine di condurre la società, se *in bonis*, a una nuova *governance* che tuteli le ragioni dei soci e dell'azienda in quanto tale; in alternativa, per proporre alla medesima assemblea la messa in liquidazione della società, o ravvisandone l'insolvenza, la richiesta di ammissione a una procedura concorsuale.

*di Simone Allodi,
componente Commissione Odcec Milano*

?

F.A.Q. - le risposte alle domande più ricorrenti**R**

Il procedimento ex art. 2409 cod. civ. conduce necessariamente ad un'ispezione giudiziaria?

No. Il tribunale sospende il procedimento se l'assemblea nomina nuovi amministratori con il compito di verificare le violazioni ed eliminarle.

Quali sono i compiti dell'ispettore giudiziario in caso di nomina?

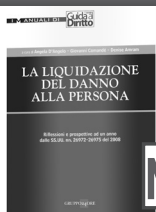
L'ispettore riceve, unitamente all'incarico, un quesito da parte del collegio giudicante volto a verificare i fatti contestati dal ricorrente, la loro sussistenza e il rischio di potenziale danno per la società.

Il tribunale azzerà necessariamente tutti gli organi sociali (amministratori e sindaci)?

No. Qualora i sindaci abbiano ottemperato agli obblighi di vigilanza, anche senza aver proposto direttamente l'azione, il tribunale può decidere di mantenerli in carica disponendo l'azzeramento del solo consiglio.

L'art. 2409 cod. civ. si conclude necessariamente con il fallimento della società?

No. Se la società è in bonis il procedimento può unicamente portare alla sostituzione del consiglio di amministrazione che ha "mal gestito" e all'eventuale azione di responsabilità nei loro confronti. Se invece vi fossero altri presupposti, si potrebbe giungere alla liquidazione o, in caso di insolvenza, all'ammissione ad una procedura concorsuale.

I MANUALI DI GUIDA AL DIRITTO**NOVITÀ****LA LIQUIDAZIONE DEL DANNO ALLA PERSONA**

A cura di A. D'Angelo, G. Comandé, D. Amram

Pagg. 304 — € 40,00

Il prodotto è disponibile anche nelle librerie professionali.

Trova quella più vicina all'indirizzo www.librerie.ilsolo24ore.com**GRUPPO 24 ORE**