

N. 5330/13 R.G.



Il Tribunale Ordinario di Venezia, Sezione Feriele, riunito in camera di consiglio nella seguente composizione

Dott. Maurizio Gionfrida Presidente

Dott.ssa Rita Rigoni Giudice Rel.

Dott.ssa Anna Maria Marra Giudice

Nel procedimento promosso

Da

A , **B** , **C** , con l'avv.

di Venezia, per mandato a margine del reclamo

- reclamanti -

Contro

D , **E** , anche nella loro qualità, rispettivamente, di legale rappresentante pro tempore di **F** . ed

occorrendo presidente del C.d.A. di **G** e di socio ed

occorrendo amministratore delegato di **G** , con gli avv.ti

di Milano e **H** di Venezia, per

mandato in calce alla memoria difensiva

- reclamati -

In punto: ricorso ex art. 669 terdecies c.p.c.

Ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Visto il reclamo proposto da **A, B e C;**
letta la memoria difensiva di **D ed E;**
sentita la discussione dei procuratori delle parti all'udienza dell'11.9.2013;
ritenuto che il proposto reclamo non sia meritevole di accoglimento;
osserva:

I- ritiene questo Collegio che l'art. 2378, comma 4 c.c. non imponga al giudice chiamato a decidere sulla sospensione della delibera impugnata di sentire, oltre che gli amministratori (nella specie presenti in giudizio) anche i sindaci. Se senz'altro un tale obbligo non sussiste per quanto attiene ai sindaci della partecipata (al 100%) **H** in quanto nessuna delibera di detta società risulta essere stata impugnata, neppure sussiste per i sindaci di **G**.

L'art. 2378, comma 4 L.F. dispone che "il giudice designato per la trattazione della causa di merito, sentiti gli amministratori e i sindaci, provvede valutando comparativamente il pregiudizio che subirebbe il ricorrente dalla esecuzione e quello che subirebbe la società dalla sospensione dell'esecuzione della deliberazione".

Orbene, a parere di questo Collegio, la disposizione citata non può che essere letta come adempimento istruttorio rientrante nella sfera dei poteri del giudice designato, quale delineata dall'art. 669 sexies, comma 1 c.p.c. (sicuramente applicabile anche al procedimento in esame) e finalizzato ad acquisire elementi di giudizio utili alla decisione cautelare e anche per la valutazione del bilanciamento di interessi di cui al medesimo comma 4.

In quanto tale, sta nella discrezionalità del Giudice designato provvedere o meno all'audizione dei sindaci, a seconda che lo ritenga incombente necessario od opportuno ai fini dell'assunzione della decisione.

D'altro canto occorre osservare che la sanzione della nullità per vizi procedurali non può essere dichiarata al di fuori dei casi previsti normativamente ed è evidente che una tale sanzione l'art. 2378 c.c. non disciplini.

Quindi correttamente il Giudice della prima fase ha affermato che la previsione di audizione degli amministratori e sindaci contenuta nell'art. 2378 c.c. non ha carattere obbligatorio, mentre condivisibilmente ha sostenuto - anche ai fini della valutazione dell'opportunità di sentire i sindaci medesimi - che la comprensione di quello che è lo stato economico della società non può di certo fondarsi sulle sole affermazioni del Collegio Sindacale. In questa sede va ulteriormente osservato che, ai fini indicati, la conoscenza della posizione dei membri del collegio sindacale è ben evincibile già dal verbale di assemblea dell'1.5.2013 (doc. 3 reclamati), ciò che conforta l'opinione del primo Giudice anche sotto il profilo dell'opportunità della (non) audizione dei Sindaci. Il che va ribadito anche allo scopo dell'apprezzamento del bilanciamento di interessi di cui al surriportato art. 2378, comma 4 c.c., avendo il giudicante già a disposizione tutti gli elementi utili alla valutazione.

2- si ritiene non meritevole di accoglimento l'eccezione di carenza di legittimazione di **D** . Se ai fini del procedimento cautelare risulta condivisibile quanto sostenuto dai reclamati circa il difetto di interesse concreto a far valere l'eccezione in parola, atteso che comunque nessuna

analoga eccezione è stata sollevata con riferimento a **E**, in ogni caso va osservato che l'amministratore di una società può impugnare la delibera del consiglio di amministrazione non conforme a legge che sia direttamente lesiva di un suo diritto soggettivo ed ottenerne l'annullamento, essendo applicabile in via analogica la disciplina generale per l'impugnazione delle deliberazioni degli organi collegiali societari, di cui all'art. 2377 cod. civ., la quale è caratterizzata da connotati di specialità, ma non di eccezionalità o contrarietà, rispetto alla comune disciplina della nullità e annullabilità degli atti giuridici (Cass. n. 9040 del 28.8.1995; si vedano anche Trib. Biella 23.5.2005, Trib. Verona 20.4.2012);

3- il creditore pignoratizio **I** non è, a parere di questo Collegio, litisconsorte necessario (il che esime dall'esaminare tutte le questioni sollevate dai reclamanti con riferimento all'impossibilità giuridica di estendere il contraddittorio di un ricorso cautelare proposto in corso di causa a soggetto che non sia convenuto in quella causa, nell'ipotesi, come quella di specie, nella quale il provvedimento cautelare – sospensione delibera societaria – non può, ai sensi dell'art. 2378, comma 2 c.c., essere chiesta *ante causam*).

Secondo condivisibile giurisprudenza di legittimità, la fattispecie del litisconsorzio necessario ricorre, fuori dai casi espressamente previsti dalla legge, solo quando, per la particolare natura o configurazione del rapporto giuridico dedotto in giudizio e per la situazione strutturalmente comune a una pluralità di soggetti, la decisione non possa conseguire il proprio scopo se non sia resa nei confronti di tutti questi soggetti. Pertanto, funzione dell'istituto è quella di tutelare chi ha proposto la domanda e non potrebbe,

in realtà, conseguire quanto richiesto se la sentenza non producesse effetti nei confronti di tutti i litisconsorzi, e non invece quella di tutelare il diritto di difesa dei litisconsorzi pretermessi, già sufficientemente protetti dall'inefficacia, nei loro confronti, di una pronuncia emessa a seguito di un giudizio cui essi siano rimasti estranei (Cass. n. 4714 del 9.3.2004).

Ciò premesso, occorre osservare che, nella specie, laddove la materia del contendere non attiene al diritto del creditore pignoratizio di partecipare o meno al voto nell'assemblea dei soci della **G**, ciò che necessariamente avrebbe qualificato la **I** quale litisconsorte necessaria, ma attiene, invece, all'impugnazione della delibera assembleare e al procedimento della formazione della volontà della società, quale soggetto autonomo rispetto ai soci aventi diritto di voto, legittimata passiva in detto giudizio non può che essere la **G**; unico soggetto nella cui sfera giuridica il provvedimento chiesto è destinato a produrre i suoi effetti. Infatti, con l'impugnazione della delibera societaria si mira ad accertare se sussistano o meno vizi nel procedimento di formazione della volontà della persona giuridica, autonomo soggetto di diritto, e la relativa pronuncia di validità o meno dell'atto impugnato attiene alla sola società e non si estende in via diretta ai soci, neppure a quelli la cui espressione di voto abbia costituito la ragione di invalidazione della delibera medesima.

D'altra parte che i soci non siano litisconsorti necessari nei procedimenti di impugnazione delle delibere societarie si ricava chiaramente dall'art. 2377, comma 7 c.c. che prevede che "l'annullamento della deliberazione ha effetto rispetto a tutti i soci", e, dunque, a prescindere dalla loro partecipazione al

giudizio (che non è, pertanto, necessaria), oltre che dall'art. 2378, comma 6 c.c., il quale, siccome prevede che tutte le impugnazioni relative alla medesima delibera, anche se proposte separatamente, debbano essere unitariamente istruite e decise in un'unica sentenza, induce a ritenere che, potendo i singoli soci autonomamente impugnare le delibere societarie, gli stessi non siano litisconsorti necessari nei singoli procedimenti così come instaurati (e poi obbligatoriamente) riuniti.

Ed allora, se i soci non sono litisconsorti necessari, ugualmente non possono ritenersi tali coloro che abbiano votato in luogo degli stessi, facendo valere (come nella specie) un diritto di garanzia che li autorizzerebbe al voto. Il loro diritto al voto è, infatti, un diritto derivativo rispetto a quello del socio che ha costituito il pegno e non può, dunque, avere un contenuto più ampio rispetto al diritto originario.

4- quanto al merito e al *fumus boni iuris*, in primo luogo si rileva che l'art. 8.3 del contratto costitutivo di pegno – limitativo del diritto del costituente **F**) di far valere azioni e/o eccezioni in relazione alla facoltà di **I** .. di esercitare il diritto di voto – contiene una pattuizione che vale solo nei rapporti interni tra le parti contrattuali e non può essere fatta valere nei confronti di soggetti estranei.

Ciò premesso, va osservato che correttamente il Giudice reclamato ha ritenuto che l'esercizio del diritto di voto da parte di **I** imponga non solo l'effettiva sussistenza ed il previo accertamento del presupposto, ma anche la sua comunicazione e verifica (o possibilità di verifica) da parte di **G**.

Invero, l'art. 8.5 del contratto di pegno stabilisce che **I**

comunicherà al Costituente (**F**) e alla Società (**L**) il verificarsi di ogni evento o circostanza che...la legittimi all'esercizio del diritto di voto. **I** avrà diritto di esercitare il diritto di voto nelle assemblee della Società a decorrere dalla prima assemblea che si terrà dopo l'invio da parte della stessa della comunicazione di cui al presente articolo".

La clausola ha contenuto univoco e non suscettibile di dubbi interpretativi: la comunicazione della circostanza che legittimi al voto **I** va previamente fatta a **F** a **L**.

E tale comunicazione, se risulta essere stata effettuata a **F** (doc. 17 reclamanti), non vi è prova che sia stata eseguita anche a **G**.

E per tale ultima società di certo non può costituire un equipollente la convocazione dell'assemblea del 23.4.2013, nella quale evidentemente non può essere contenuta alcuna comunicazione di **I** di volere esercitare il diritto di voto.

In ogni caso, come condivisibilmente osservato dal Giudice della prima fase, il voto è stato espresso da **I** sul presupposto dell'avvenuta riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale, e ciò senza che vi fosse stata la possibilità di verifica di tale presupposto da parte (oltre che della costituente anche) di **G**.

E' pur vero che trattasi di verifica e possibilità di verifica non espressamente prevista nell'atto costitutivo di pegno del 10.2.2012, ma che in ogni caso è ricavabile e dalla previsione della comunicazione da parte di **I** di ogni evento che la legittimi al diritto di voto e dalla previsione che tale legittimazione presuppone il verificarsi di un presupposto che, secondo un'interpretazione di buona fede, non deve essere solo enunciato, ma anche

suscettibile di verifica.

E se è altrettanto vero che una tale verifica non necessariamente deve essere fatta in modo formale, essendo sufficiente accertarne l'esistenza, occorre rilevare che nel caso in esame è proprio mancata la possibilità di un tale accertamento. Di ciò costituisce inconfutabile prova il fatto che proprio nel corso dell'assemblea dell'1.5.2013 non si è potuto deliberare sul punto 2 dell'ordine del giorno – “provvedimenti di ricostituzione del capitale sociale ex art. 2482 ter c.c.” – “mancando il bilancio, la relazione degli Amministratori sulla situazione patrimoniale della società con la relazione del collegio sindacale”. D'altro canto anche gli stessi sindaci presenti in assemblea non hanno potuto affermare che si fosse verificata la perdita del capitale sociale.

Sostengono i reclamanti che il fatto che il capitale di **H** e, quindi, di **G** (in quanto detiene l'intero capitale sociale della prima e non è società operativa, di talché risente di tutte le sue vicende economiche e patrimoniali) fosse sceso al di sotto del limite legale risulterebbe chiaramente dalle relazioni del revisore dei conti di **H** e del collegio sindacale di quest'ultima (docc. 7, 21 e 22 reclamanti).

A proposito è peraltro facile replicare che la verifica del presupposto del diritto al voto di **I** e, dunque, la perdita di capitale sociale al di sotto dei limiti di legge, doveva essere consentita e resa possibile allora, vale a dire al momento dell'esercizio del diritto di voto. Una possibilità di verifica ex post è del tutto irrilevante (all'uopo si evidenzia che i docc. 7, 21,22 sono di epoca successiva rispetto all'assemblea dell'1.5.2013), così

come non è sufficiente, ai fini del procedimento, che effettivamente una tale perdita vi sia stata, vi fosse anche all'1.5.2013 e che sia ad oggi verificabile. Si ripete che ciò che rileva non è unicamente la perdita di capitale in sé (perdita che comunque avrebbe dovuto esserci), ma la possibilità di verifica di tale presupposto da parte (di **F** e) di **G**.

Mancando una tale possibilità di verifica è evidente che il diritto di voto da parte di **I** non avrebbe potuto essere esercitato, e ciò a prescindere dal fatto che effettivamente una tale perdita vi fosse stata (dal che l'irrelevanza di tutti i motivi di reclamo diretti a supportare la prova, ora per allora, della già avvenuta perdita di capitale sociale di **G**).

5- con riferimento al *periculum in mora*, vanno condivise le argomentazioni poste a fondamento del provvedimento reclamato.

Sostengono, a contrario, **ABC**, che i contratti esteri, conclusi da

H e non da **G**, possono essere comunque gestiti dai reclamati, seppure "con minore libertà": che la perdita del capitale sociale è da ricondursi proprio alla gestione assolutamente personale di **D** e **E**.

Orbene, si rileva che i docc. 13 e 14 dei reclamati riguardano contratti di licenza che, pur stipulati con **H**, comunque fanno riferimento al management della società e a un cambio di controllo del Licenziatario, ciò che induce a ritenere che sugli stessi non possa non influire anche il cambio dell'organo amministrativo della controllante. Inoltre, allo stato, che la dedotta perdita di capitale sociale di **G** sia da ricondursi alla ragione indicata dai **ABC** è circostanza tutta da dimostrare.

Pertanto, assorbito ogni altro motivo di reclamo, quest'ultimo va respinto.

Assorbita è anche la richiesta di revoca cautelare dell'amministratore **A** in quanto svolta solo in via subordinata dai reclamati, dal momento che il provvedimento di sospensione 27.6.2013 riguarda la delibera assembleare di **G** dell'1.5.2013 nella sua complessità.

Le spese del procedimento vadano liquidate nel giudizio di merito.

Considerato che il reclamo, costituente strumento impugnatorio sia pure totalmente devolutivo, è stato dichiarato inammissibile, si dà atto della sussistenza dei presupposti per l'applicazione del disposto dell'art. 13, co. 1 *quater*, t.u. n. 115\2002, e successive modificazioni, secondo cui *"Quando l'impugnazione, anche incidentale, è respinta integralmente o è dichiarata inammissibile o improcedibile, la parte che l'ha proposta è tenuta a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione, principale o incidentale, a norma del comma 1-bis. Il giudice dà atto nel provvedimento della sussistenza dei presupposti di cui al periodo precedente e l'obbligo di pagamento sorge al momento del deposito dello stesso."*

P.Q.M.

- Rigetta il reclamo;
- spese al giudizio di merito;
- si dà atto della sussistenza dei presupposti per l'applicazione del disposto dell'art. 13, co. 1 *quater*, t.u. n. 115\2002, e successive modificazioni.

Si comunichi.

Venezia, 11.9.2013

Il Giudice Relatore

Il Presidente

TRIBUNALE CIVILE DI VENEZIA
19 SET 2013