



Tribunale di Roma
Sezione specializzata in materia di impresa
Terza Sezione Civile

composto dai Sig.ri magistrati:

dott.	Francesco Mannino	Presidente,
dott.	Francesco Remo Scerrato	Giudice,
dott.	Guido Romano	Giudice estensore,

letti gli atti del procedimento n. 1857/2014 v.g.;

premesse che:

- I - con ricorso depositato in data 25 marzo 2013, i Sig.ri Catia Marini ed Andrea Benatti, quali soci della OK Oro 24K soc. coop. a r.l. (con sede in Latina via Duca del Mare n. 46) chiedevano al Tribunale di Latina, ai sensi dell'art. 2409 c.c., di "provvedere a revocare immediatamente l'amministratore unico in carica Sig. Davide Messina per i motivi indicati come documentati nel presente scritto e per gli ulteriori che dovessero emergere, adottando tutti i provvedimenti necessari per la temporanea amministrazione della società; - contestualmente nominare un amministratore giudiziario al fine di procedere alla convocazione dell'assemblea e a compiere tutte le verifiche di rito finalizzate al ripristino della 'legittimità' con acquisizione dei documenti contabili anche attinenti ai verbali di assemblea";
- con decreto depositato il 12 novembre 2013, il Tribunale di Latina dichiarava la propria incompetenza ed indicava come competente la Sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale di Roma;
- con ricorso in riassunzione depositato in cancelleria in data 10 febbraio 2014, i Sig.ri Catia Marini ed Andrea Benatti chiedevano al Tribunale di Roma di emettere i provvedimenti già oggetto delle conclusioni rassegnate nel ricorso presentato al giudice ritenutosi incompetente;

- notificato il ricorso anche al curatore speciale della OK Oro 24K soc. coop. a r.l. ed all'autorità di vigilanza, i quali non si costituivano in giudizio, si costituiva il Sig. Davide Messina - in proprio e nella qualità di amministratore della OK Oro 24K soc. coop. a r.l. - il quale, eccepita preliminarmente l'inammissibilità e l'improcedibilità sotto diversi profili del ricorso, concludeva comunque nel merito per il rigetto dell'istanza proposta dai Sig.ri Catia Marini ed Andrea Benatti;

osserva quanto segue

Va preliminarmente dichiarata la nullità della costituzione in giudizio della società OK Oro 24K soc. coop. a r.l. in persona dell'amministratore unico Sig. Davide Messina.

Come è noto, l'art. 2409 c.c., nel testo introdotto dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, prevede, al primo comma, che il ricorso contenente la denuncia debba essere "notificato anche alla società"; onde consentire alla stessa di interloquire in ordine ai fatti denunciati.

Nel presente procedimento si è costituito il Sig. Davide Messina (anche) nella qualità di amministratore della OK Oro 24K soc. coop. a r.l. deducendo l'inammissibilità e, comunque, l'infondatezza della denuncia sotto diversi profili.

Ora, fra il rappresentante-amministratore, Sig. Davide Messina, e la rappresentata società OK Oro 24K è ravvisabile un evidente conflitto (non solo potenziale) di interesse in riferimento alla denuncia di gravi irregolarità di gestione che, ove fondata in riferimento alla sussistenza delle irregolarità medesime ed alla relativa attualità, potrebbe determinare la revoca giudiziale dello stesso amministratore e la nomina di un amministratore giudiziario (art. 2409, quarto comma, c.c.).

In tale ipotesi, quindi, la legge (art. 78, secondo comma, c.p.c.) prevede l'obbligo di nomina di curatore speciale al rappresentato che sia in conflitto potenziale di interessi col rappresentante.

Ciò posto - fermo restando che i ricorrenti hanno correttamente notificato il ricorso ed il decreto di fissazione dell'udienza al curatore speciale appositamente nominato - in tema di rappresentanza sostanziale nel processo deve ravvisarsi una situazione di conflitto d'interessi fra rappresentante e rappresentato, tale da comportare la necessità della nomina d'un curatore speciale, ogniquale sia ravvisabile un contrasto tra un centro autonomo di interessi, sia esso dotato o meno di personalità giuridica, ed il suo rappresentante, *id est* sia dedotta in giudizio una situazione giuridica idonea a determinare la possibilità che il potere

rappresentativo sia esercitato dal rappresentante in contrasto con l'interesse del rappresentato, essendo il primo portatore d'interesse personale ad un esito della lite diverso da quello vantaggioso per il secondo. In tale caso si determina una condizione di antitesi tra rappresentante e rappresentato incompatibile con la funzione della rappresentanza, non potendosi, se pure solo in astratto, escludere che la condotta processuale del rappresentante possa essere influenzata dal proprio interesse e che questi ne sia indotto, pertanto, a chiedere un provvedimento giurisdizionale per sé vantaggioso ma pregiudizievole all'interesse del rappresentato. È stato, quindi, precisato che tale condizione deve ritenersi sussistente anche quando si presenti soltanto potenziale, non essendo necessaria l'evidente ricorrenza di sintomi indicativi dell'effettività del conflitto, in quanto va egualmente rimossa a titolo precauzionale, giusta la *ratio* dell'art. 78 c.p.c., che mira a prevenire il verificarsi dell'eventuale danno in ragione della più pregnante salvaguardia che l'ordinamento ritiene di dover apprestare in favore dei soggetti impediti, per incapacità legale o funzionale, ad agire personalmente e la cui attività giuridica debba svolgersi, quindi, per il tramite di persone fisiche diverse dagli stessi (cfr., in questi termini, Cassazione civile, sez. II, 30 maggio 2003, n. 8803).

In questo ordine di concetti esposto la costituzione della società resistente in persona dell'amministratore Sig. Davide Messina deve essere - atteso il conflitto di interesse tra i due soggetti, rappresentato e rappresentante - dichiarata nulla.

Ciò posto, il ricorso proposto, ai sensi dell'art. 2409 c.c., dai Sig.ri Catia Marini ed Andrea Benatti deve essere dichiarato in parte inammissibile ed in parte improcedibile.

A norma del primo dell'art. 2409 c.c. (così come modificato dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6), se vi è fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate, i soci che rappresentano il decimo del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il ventesimo del capitale sociale possono denunciare i fatti al tribunale con ricorso notificato anche alla società.

Nell'ambito della disciplina delle società cooperative, l'art. 2545 *quinquiesdecies*, c.c. prevede che i fatti previsti dall'art. 2409 c.c. 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; il ricorso deve essere, peraltro, notificato a cura dei ricorrenti anche all'autorità di vigilanza.

Premesso che questo Tribunale ritiene di dovere aderire all'orientamento giurisprudenziale (peraltro, neppure contestato dagli odierni resistenti) secondo il quale il



procedimento di denuncia al tribunale per gravi irregolarità nella gestione deve ritenersi ammissibile anche per le società cooperative a responsabilità limitata, atteso che l'art. 2545 *quinquiesdecies* c.c. ha previsto per le cooperative in genere, comunque modellate, l'operatività dell'art. 2409 c.c. (cfr., da ultimo, Tribunale Salerno sez. I, 22 febbraio 2011, ma già Trib. Catania, 14 aprile 2005), occorre in via preliminare esaminare l'eccezione di improcedibilità del ricorso per violazione della clausola compromissoria ex art. 808 c.p.c.

L'eccezione non risulta fondata..

Lo statuto della OK Oro 24K soc. coop. a r.l. prevede, all'art. 38, che "le eventuali controversie che sorgessero tra i soci o tra i soci e la società, anche se promosse da amministratori e sindaci o revisore (se nominati), ovvero nei loro confronti e che abbiano per oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale, saranno decise da un arbitro unico che giudica ritualmente e secondo diritto. L'arbitro è nominato dal Presidente della camera di commercio ove la società ha la sua sede legale".

Come si vede, l'ambito di operatività della clausola compromissoria ora fedelmente riportata è limitato all'esistenza di una controversia tra i soci e la società: conseguentemente, dall'operatività di essa fuoriescono i procedimenti di volontaria giurisdizione che implicano lo svolgimento di una attività diversa dall'attività giurisdizionale in senso proprio sia sotto il profilo strutturale, perché si concludono con provvedimenti non idonei al giudicato, ma caratterizzati dalla revocabilità e dalla modificabilità, sia sotto il profilo funzionale, perché non tendono ad attuare diritti, ma situazioni meno definite, riconducibili alla figura degli interessi legittimi ovvero degli interessi semplici.

In altre parole, la volontaria giurisdizione si distingue nettamente dalla attività giurisdizionale perché non accerta e non attua diritti ed in relazione a ciò non dà luogo all'incontrovertibilità propria dell'attività di cognizione. Si tratta, come è stato efficacemente affermato, di amministrazione del diritto privata affidata ad organi giurisdizionali.

Conseguentemente, una clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società cooperativa non è idonea a precludere il ricorso al Tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c. L'eccezione di arbitrato deve essere, dunque, rigettata.

Sempre in via preliminare occorre esaminare le eccezioni, sollevate dal Sig. Davide Messina, di inammissibilità del ricorso proposto dalla Sig.ra Catia Marini e di improcedibilità di quello formulato dal Sig. Andrea Benatti.

Entrambi i profili accennati risultano, ad avviso di questo Collegio, fondati.



Premesso che, per quello che qui interessa, la legittimazione a presentare la denuncia di cui all'art. 2409 c.c. spetta, nelle società cooperative, ai soci (non venendo in rilievo nel presente caso i limiti di partecipazione al capitale sociale ovvero ai limiti numerici dei soci stessi), con riferimento alla posizione della Sig.ra Catia Marini, il Tribunale osserva come la medesima rassegnò le proprie dimissioni da socio della cooperativa resistente già nel giugno 2009 e l'assemblea del 29 giugno 2009 (cfr., relativo verbale, doc. 3 di parte resistente) ratificò tali dimissioni evidenziando che la socia non poteva "essere avviata al lavoro all'interno della cooperativa" svolgendo attività di lavoro dipendente per una terza società.

Ebbene, appare del tutto evidente che, già al momento della proposizione del presente ricorso (che venne depositato al Tribunale di Latina in data 25 marzo 2013), la Sig.ra Catia Marini non fosse più socia della OK Oro 24K soc. coop. a r.l. e che, dunque, non fosse legittimata a presentare la denuncia di cui all'art. 2409 c.c.

Può ora passarsi all'esame dell'ulteriore eccezione preliminare di improcedibilità della denuncia proposta dal Sig. Andrea Benatti, il quale, successivamente alla proposizione del ricorso, è stato escluso dalla cooperativa resistente.

In punto di diritto, merita di essere precisato che, secondo un risalente orientamento della dottrina e della giurisprudenza, l'istituto di cui all'art. 2409 c.c. avrebbe ad oggetto, oltre che gli interessi dei singoli soci, anche l'interesse pubblicistico alla legalità della gestione societaria, che coinvolge, dunque, non solo i soci nella loro individualità, ma altresì la stessa società ed i terzi: da ciò discenderebbe, ad avviso di tale orientamento, la conseguenza che lo *status* di socio e la titolarità della quota minima legale prevista costituiscono esclusivamente un presupposto processuale speciale condizionante soltanto la regolare instaurazione del procedimento e non anche la decisione finale. In altre parole, sarebbe sufficiente che lo *status* di socio e la titolarità della quota minima sussistano soltanto al momento della proposizione del ricorso. In questa prospettiva, sulla base della considerazione della indicata *ratio* sottesa alla previsione dell'art. 2409 c.c., si è concluso affermando la totale irrilevanza, ai fini del poterdovere del tribunale di emettere i provvedimenti conseguenti alla denuncia di gravi irregolarità, di tutte le vicende intervenute nel corso del procedimento (rispetto alle quali il procedimento medesimo rimane completamente insensibile), non soltanto con riferimento al *quorum* legittimante, ma più in generale alla stessa posizione di socio denunziante.

Il Tribunale ritiene di non potere condividere tale orientamento.

Come è noto, la riforma del 2003 ha mirato anche alla delimitazione dell'ambito dei soggetti legittimati a proporre la denuncia ex art. 2409 c.c., eliminando, in particolare, per le

società chiuse, il potere di iniziativa del pubblico ministero. La modifica legislativa riflette, costituendone il portato, una diversa concezione ed una diversa funzione dell'istituto in argomento nel quale, almeno con riferimento alle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, risultano del tutto attenuati i profili pubblicistici.

In questa prospettiva, nel solco di autorevole dottrina, può affermarsi che l'interesse alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale nelle società chiuse è appannaggio esclusivo dei soci, ai quali è lasciata la libertà di decidere se attivare il controllo giudiziario, mentre nelle società aperte, per le quali sono previste diverse ed ulteriori legittimazioni, l'interesse dei soci all'attuazione del procedimento risulta non più disponibile. Questa non disponibilità va collegata al fatto che la particolare natura dell'attività svolta da alcune società fa sì che l'interesse alla corretta gestione in funzione della conservazione del patrimonio non sia esclusivo dei soci, bensì di un fascio più ampio di soggetti, quale, ad esempio, appunto per le società quotate o aperte, quello del pubblico dei risparmiatori: ed è proprio questo fenomeno che giustifica la legittimazione del pubblico ministero.

Conseguentemente, nella prospettiva delineata, lo status di socio e la titolarità di una certa aliquota del capitale sociale costituiscono altrettante condizioni dell'azione che, in quanto tali, devono permanere intatte fino alla decisione dell'organo adito.

D'altra parte, giova evidenziare come il legislatore della novella ha inteso precisare, nel secondo comma dell'art. 2378 c.c. in tema di impugnative di delibere assembleari, che la quota necessaria ai fini della sussistenza della legittimazione a proporre l'impugnazione (desumibile dal combinato disposto degli artt. 2378 e 2377 terzo comma c.c.) deve permanere invariata per tutto il corso del processo. La mancata espressa ripetizione di tale norma nell'ambito della disciplina di cui all'art. 2409 c.c. - che taluni hanno interpretato, *a contrario*, come manifestazione di volontà del legislatore di non volere adottare la medesima disciplina per l'istituto della denuncia - non implica che l'interprete possa giungere all'applicazione analogica di essa al caso che occupa, attesa l'identità di *ratio* e risultando del tutto incongruo che il socio che impugni una delibera societaria debba mantenere la propria qualità di socio (e, comunque, la titolarità del numero di azioni che lo legittima a quella impugnativa), mentre il socio che presenti la denuncia al tribunale rappresentando il compimento, da parte degli amministratori, di gravi irregolarità possa cedere a terzi la propria partecipazione senza che ciò abbia riflessi sul procedimento instaurato.

Né può argomentarsi in senso contrario rappresentando che, accogliendo l'orientamento qui condiviso, si correrebbe il rischio di consentire ai soci di maggioranza



ovvero agli stessi amministratori di vanificare lo strumento del controllo ex art. 2409 c.c. assumendo ad esempio una delibera di aumento del capitale oppure escludendo dalla società il socio ricorrente. Infatti, appare del tutto evidente che, in caso di assunzione di una deliberazione illegittima, il soggetto interessato potrà tempestivamente promuovere la relativa impugnativa chiedendo al giudice adito di sospendere, in via cautelare, l'efficacia di quella deliberazione che lo priverebbe del potere di coltivare il ricorso ex art. 2409 c.c. già proposto.

In definitiva, lo *status* di socio e la titolarità della percentuale indicata dalle diverse norme costituiscono, ad avviso del Tribunale, una condizione dell'azione che, in quanto tale, deve permanere intatta fino alla pronunzia.

Non conduce a conclusioni difformi la circostanza che, ai sensi del secondo comma dell'art. 2545 *quinquiesdecies* c.c., il ricorso introduttivo deve essere notificato anche all'autorità di vigilanza e che, ai sensi del successivo art. 2545 *sexiesdecies* c.c., in caso di irregolare funzionamento delle società di cooperative, l'autorità di vigilanza può revocare gli amministratori ed i sindaci e affidare la gestione della società ad un commissario, determinando i poteri e la durata.

I poteri dell'autorità di vigilanza non interferiscono con il procedimento ex art. 2409 c.c. configurandosi la obbligatorietà della notificazione del ricorso anche all'autorità di vigilanza come *litis denuntiatio*. Il controllo giudiziario ed il controllo governativo costituiscono, infatti, forme di controllo concorrenti e, proprio al fine di evitare che sussistano delle situazione di conflitto tra le due, l'art. 2545 *quinquiesdecies* c.c. prevede, in primo luogo, che il ricorso vada notificato all'autorità di vigilanza (consentendosi così a detta autorità di essere informata sull'esistenza di una denuncia al tribunale e delle gravi irregolarità gestorie) e, sotto altro profilo, l'adozione del criterio della prevenzione nel senso che proseguirà il procedimento, giudiziario o amministrativo, che sia giunto per primo alla nomina di un amministratore giudiziario o di un ispettore. Dispone, infatti, il terzo comma del richiamato articolo che "il tribunale dichiara improcedibile il ricorso se per i medesimi fatti sia stato già nominato un ispettore o un commissario dall'autorità di vigilanza", mentre il successivo quarto comma stabilisce che l'autorità di vigilanza dispone la sospensione del procedimento dalla medesima iniziato se il tribunale per i medesimi fatti ha nominato un ispettore o un amministratore giudiziario.

Ciò posto, l'autonomia dei due procedimenti implica che l'interesse pubblicistico connesso alle attività delle cooperative costituirà oggetto esclusivamente del procedimento



dinanzi all'autorità di vigilanza, mentre il controllo giudiziario avrà riguardo esclusivo alla tutela degli interessi dei soci.

Tanto chiarito in punto di diritto e venendo all'esame della presente vicenda, risulta dalla documentazione in atti e non costituisce oggetto di contestazione che, successivamente all'introduzione del presente giudizio, il Sig. Andrea Benatti venne escluso dalla cooperativa OK Oro 24K soc. coop. a r.l. per la violazione dell'obbligo di non concorrenza. Nel corso dell'assemblea dei soci della cooperativa del 27 giugno 2013, infatti, il Presidente informò i presenti che l'odierno ricorrente "ha costituito quale socio ed amministratore la società denominata ALPA S.r.l. che svolge attività identica all'attività dell' OK Oro 24K soc. coop. a r.l." e "che sta utilizzando nella sua nuova attività in maniera illegittima il nome OK Oro 24K". Il Presidente, quindi, proponeva all'assemblea "l'estromissione del socio per conflitto di interesse, nonché di procedere con eventuali azioni legali". L'assemblea deliberava, quindi, all'unanimità "l'estromissione del socio Benatti Andrea, dando mandato all'amministratore di procedere con tutti i conseguenti adempimenti".

Non risulta che tale delibera sia stata impugnata dal Sig. Andrea Benatti e che, quindi, l'efficacia di essa sia stata in via cautelare sospesa: essa è, dunque, valida ed efficace, con la conseguenza che il Sig. Andrea Benatti ha perduto la qualità di socio che lo legittimava inizialmente alla proposizione del ricorso. Quest'ultimo, quindi, deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di legittimazione ad agire.

Infine, conformemente al più recente orientamento della giurisprudenza di legittimità, appare condivisibile la tesi per la quale l'impossibilità di un'applicazione diretta dell'art. 91 c.p.c. per mancanza di una sentenza, assistita dall'idoneità della cosa giudicata, non è di ostacolo all'applicazione analogica della norma, dovendosi ravvisare nel citato art. 91 c.p.c. l'espressione di un più generale principio di responsabilità processuale fondata sul rapporto di causalità, con la conseguenza che le spese del presente procedimento devono essere poste a carico dei ricorrenti, in forza del principio della soccombenza.

Pertanto, dette spese vengono liquidate come in dispositivo sulla base delle statuizioni contenute nel d.m. Giustizia 10 marzo 2014, n. 55 (pubblicato in Gazzetta Ufficiale del 2 aprile 2014), essendo stata svolta l'attività defensionale successivamente all'entrata in vigore della nuova normativa.

Alla luce della dichiarazione di inammissibilità e di improcedibilità del ricorso proposto dai ricorrenti e, per converso, della dichiarazione di nullità della costituzione della



società in persona del Sig. Davide Messina sussistono giustificati motivi per disporre la compensazione integrale delle spese nei rapporti tra detti soggetti.

p.q.m.

- dichiara la nullità della costituzione in giudizio della società OK Oro 24K soc. coop. a r.l. in persona dell'amministratore unico Sig. Davide Messina;
- dichiara inammissibile il ricorso proposto dalla Sig.ra Catia Marini;
- dichiara improcedibile il ricorso proposto dal Sig. Andrea Benatti;
- condanna i ricorrenti alla refusione, in favore del Sig. Davide Messina, delle spese della presente procedura che liquida in complessivi €. 2.225,00 per compensi oltre rimborso forfetario per spese generali, iva e cap come per legge;
- compensa le spese nei rapporti tra i ricorrenti e la OK Oro 24K soc. coop. a r.l. in persona dell'amministratore unico Sig. Davide Messina.

Manda alla cancelleria per le comunicazioni alle parti.

Così deciso nella camera di consiglio del Tribunale di Roma in data 21 luglio 2014.

IL CASO.it
Il Presidente
(dott. Francesco Mannino)

TRIBUNALE DI ROMA
Sezione 3^a Civile

Depositato in Cancelleria
Roma, li 25 LUG. 2014

IL DIRETTORE DELLA CANCELLERIA

[Handwritten signature]