

Anno 8 – Numero 20

3 novembre 2010

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

In questo numero:

- *Trust*
- *SRL: inapplicabilità dell'art. 2409*
- *Attività di direzione e coordinamento*

ItaliaOggi

CLASSprofessionale

DIREZIONE SCIENTIFICA
Oreste Cagnasso – Maurizio Irrera

COORDINAMENTO SCIENTIFICO
Gilberto Gelosa

La *Rivista* è pubblicata con il supporto
degli Ordini dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili
di:

Bergamo, Biella, Busto Arsizio, Casale Monferrato,
Crema, Cremona, Lecco, Mantova, Monza e Brianza,
Verbania



NDS collabora con la rivista:

SEZIONE DI DIRITTO FALLIMENTARE
a cura di Luciano Panzani

SEZIONE DI DIRITTO INDUSTRIALE
a cura di Massimo Travostino e Luca Pecoraro

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO
a cura di Gilberto Gelosa

SEZIONE DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA
a cura di Marco Casavecchia

SEZIONE DI TRUST E NEGOZI FIDUCIARI
a cura di Riccardo Rossotto e Anna Paola Tonelli

COMITATO DI INDIRIZZO

Carlo Luigi Brambilla, Alberto Carrara, Paola Castiglioni, Luigi Gualerzi, Stefano Noro, Carlo Pessina, Ernesto Quinto, Mario Rovetti, Michele Stefanoni, Mario Tagliaferri, Maria Rachele Vigani, Ermanno Werthhammer

REDAZIONE

Maria Di Sarli (coordinatore)
Paola Balzarini, Alessandra Bonfante, Maurizio Bottoni, Mario Carena, Marco Sergio Catalano, Alessandra Del Sole, Massimiliano Desalvi, Elena Fregonara, Sebastiano Garufi, Stefano Graidì, Alessandro Monteverde, Enrico Rossi, Cristina Saracino, Marina Spiotta, Maria Venturini

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO

Cristiniano Cincotti, Mario Donadio, Luciano Panzani, Giuseppe Antonio Policaro

I saggi costituenti "Studi e Opinioni" sono sottoposti a blind referees, scelti tra professori universitari competenti nei vari settori. La valutazione degli atti di convegni e degli scritti già pubblicati o di prossima pubblicazione è riservata ai Direttori. Ogni scritto è preceduto da un abstract in italiano e in inglese. Saranno pubblicati scritti, oltre che in italiano, in inglese, francese, spagnolo e portoghese.

INDICE

	<i>Pag.</i>
TRUST E NEGOZI FIDUCIARI	
<i>Il trust nell'esperienza giuridica italiana: il punto di vista della giurisprudenza e degli operatori</i> di Luciano Panzani	7
STUDI E OPINIONI	
<i>La nullità delle deliberazioni assembleari di s.p.a. per vizi di procedimento</i> di Mario Donadio	30
COMMENTI A SENTENZE	
<i>Il controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. non si applica alle s.r.l.</i> (Cass. civile, sez. I, sent. n. 403 del 13/1/2010) di Giuseppe Antonio Policaro	52
PROBLEMI DELLA PRASSI	
<i>Sulla soggezione ad attività di direzione e coordinamento</i> di Cristiano Cincotti	57
SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE	66
SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO	68
INFORMAZIONE CONVEGNI	72

SOMMARIO

TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

Il trust nell'esperienza giuridica italiana: il punto di vista della giurisprudenza e degli operatori

La relazione illustra la disciplina contenuta nella Convenzione dell'Aja, nonché il problema dell'ammissibilità del trust di diritto interno, anche nell'ottica del diritto fallimentare.

di **Luciano Panzani**

STUDI E OPINIONI

La nullità delle deliberazioni assembleari di s.p.a. per vizi di procedimento

Il saggio esamina le fattispecie di nullità delle deliberazioni assembleari di s.p.a. per mancanza del verbale e mancata convocazione dell'assemblea, introdotti dalla riforma del diritto societario del 2003 al fine di colmare il deficit di tutela dei soci di minoranza presente nella disciplina previgente, cui la giurisprudenza poneva rimedio ricorrendo a pronunce di inesistenza delle delibere.

di **Mario Donadio**

COMMENTI A SENTENZE

Il controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. non si applica alle s.r.l.

(Cass. civile, sez. I, sent. n. 403 del 13 gennaio 2010)

La Corte di Cassazione ha affermato che il procedimento ex art. 2409 c.c. non è applicabile alle s.r.l., anche se dotate del collegio sindacale obbligatoriamente costituito ai sensi dell'art. 2477 c.c.

di **Giuseppe Antonio Policaro**

PROBLEMI DELLA PRASSI

Sulla soggezione ad attività di direzione e coordinamento

L'Autore prende in esame l'assetto proprietario e la governance di una società al fine di valutare se la stessa sia soggetta ad attività di direzione e coordinamento, e chi, eventualmente, eserciti tale attività.

di **Cristiano Cincotti**

INDEX-ABSTRACT

	<i>Page</i>
TRUST AND FIDUCIARY	
The trust in the Italian legal system: the point of view of the jurisprudence and the operators	7
<i>The report sets out the rules contained in The Hague Convention, and the question of the admissibility of a trust of internal law, even from the perspective of bankruptcy law.</i>	
by Luciano Panzani	
STUDIES AND OPINIONS	
The invalidity of the deliberations of the assembly s.p.s. for defects of procedure	30
<i>The paper examines the nullity types of shareholder resolutions for lack of verbal and non-convening of the Assembly, introduced by the reform of company law of 2003 to fill the lack of protection of minority shareholders present in the previous law provisions, resolved from the case law by pronounces of non-existence of the resolutions.</i>	
by Mario Donadio	
COMMENTS ON JUDGMENTS	
The judicial review pursuant to art. 2409 c.c. does not apply to s.r.l.	52
(Cass. civil, judgment n. 403 of 13/1/2010)	
<i>The Supreme Court has held that the procedure under art. 2409 c.c. shall not be applied to Ltd, even if they have mandatory supervisory board, established respecting the art. 2477 c.c. provisions.</i>	
by Giuseppe Antonio Policaro	
PROBLEMS OF PRACTICE	
On subjection to management and coordination	57
<i>The author examines the ownership and governance of a company to assess if it is subject to management and coordination, and who, eventually, exercises this activity.</i>	
by Cristiano Cincotti	

IL CONTROLLO GIUDIZIARIO *EX* ART. 2409 C.C. NON SI APPLICA ALLE S.R.L.

(Cass. civile, sez. I, sent. n. 403 del 13/1/2010)

La Corte di Cassazione ha affermato che il procedimento ex art. 2409 c.c. non è applicabile alle s.r.l., anche se dotate del collegio sindacale obbligatoriamente costituito ai sensi dell'art.2477 c.c.

di **GIUSEPPE ANTONIO POLICARO**

Con la sentenza n. 403, depositata il 13 gennaio 2010, la Corte di Cassazione ha ritenuto inammissibile, per le società a responsabilità limitata, la denuncia al tribunale di gravi irregolarità nella gestione societaria, *ex art. 2409 c.c.*, dovendosi invece applicare le specifiche disposizioni previste dall'art. 2476 c.c.

Nella fattispecie, la Corte si è pronunciata in merito ad un ricorso, formulato dai componenti del collegio sindacale di una s.r.l., avverso un'ordinanza emessa dal Tribunale di Lecce, che già in primo grado aveva dichiarato inammissibile per le s.r.l. la procedura prevista dall'art. 2409 c.c. instaurata dai sindaci stessi, ritenendola applicabile alle sole società per azioni.

A fondamento del ricorso i ricorrenti, premettendo come nella s.r.l. la nomina del collegio sindacale risultasse obbligatoria poiché in presenza di capitale sociale non inferiore a quello minimo previsto per le società per azioni¹.denunciavano la «violazione» - da parte del Giudice di merito – «dell'art. 2477 c.c., in relazione agli artt. 2043, 2409 c.c., 91 c.p.c., atteso che l'affermata irrilevanza della dimensione della società sarebbe frutto di una interpretazione errata. L'omessa considerazione di tale aspetto nel caso di società a responsabilità limitata si porrebbe infatti in contrasto con i

¹ Come noto, la nomina del collegio sindacale risulta obbligatoria nelle s.r.l. di maggiore dimensione in base a quanto delineato dall'art. 2477 commi 2 e 3 c.c., vale a dire nelle ipotesi in cui il capitale sociale non sia inferiore a quello minimo stabilito per le società per azioni o se per due esercizi consecutivi siano stati superati due dei limiti indicati dal primo comma dell'art. 2435-bis c.c. (totale dell'attivo dello stato patrimoniale pari a 4.400.000,00 euro; ricavi delle vendite e delle prestazioni pari a 8.800.000 euro; 50 dipendenti occupati in media durante l'esercizio).

COMMENTI A SENTENZE

CONTROLLO GIUDIZIARIO NELLE SRL

canoni di ragionevolezza poiché, pur a fronte dell'obbligatorietà della nomina dei sindaci nell'ipotesi di società a responsabilità limitata con capitale sociale non inferiore a quello minimo previsto per le società per azioni, ove si precludesse loro il ricorso al procedimento di cui all'art.2409 c.c. si vanificherebbe significativamente il potere - dovere di controllo ad essi demandato, nell'impossibilità di segnalare al Tribunale gravi irregolarità eventualmente riscontrate», sottolineando

Con la sentenza esaminata la Suprema Corte ha rigettato il ricorso, ritenendo inammissibile per le s.r.l. il controllo giudiziario di cui all'art. 2409 c.c., in ossequio al tenore letterale della normativa in materia.

In primo luogo, la Corte di Cassazione, infatti, ha rilevato che nessuna disposizione prevede, dopo la riforma apportata dal d.lgs 17.1.2003 n. 6, l'applicabilità del predetto procedimento di controllo giudiziario alle società a responsabilità limitata nelle quali non sia obbligatoria la nomina del collegio sindacale.

Ed anzi, poiché, precedentemente non si dubitava dell'applicabilità dell'art. 2409 c.c. grazie alla previsione dell'art. 2488 c.c. previgente, che – nel dettare la disciplina del collegio sindacale di s.r.l. – lo richiamava espressamente la stessa Corte ha considerato la soppressione del richiamo operata con il D. Lgs. n. 6/2003 come una «*circostanza che renderebbe poco verosimile l'imputazione dell'omissione ad un refuso*»², piuttosto che la chiara indicazione della volontà di escludere l'operatività di tale istituto per le S.r.l.

Secondo la Corte, inoltre, tale esclusione opererebbe anche per le S.r.l. in cui la nomina del collegio sindacale è obbligatoria, pur disponendo l'art. 2477, ultimo co., c.c. che in tal caso «*si applicano le disposizioni dettate in tema di società per azioni*». Il richiamo, infatti, non consentirebbe di ritenere l'art. 2409 c.c. applicabile, per i motivi di seguito individuati: «*per la genericità del richiamo contenuto nell'art. 2477 c.c. alle disposizioni dettate in tema di società per azioni: per l'espressa e specifica indicazione del legislatore in senso contrario; per le analitiche argomentazioni svolte a sostegno dell'opzione effettuata nella relazione al testo normativo; per il contrasto che si verrebbe a determinare fra un eventuale potere riconosciuto al collegio sindacale di*

² E' stata infatti eliminata la disposizione, rappresentata nel testo ancora in vigore dall'art. 2488 c.c., ultimo comma, secondo cui «*anche quando manca il collegio sindacale, si applica l'art. 2409 c.c.*» ed in base al quale il controllo giudiziario era pacificamente ritenuto applicabile alle s.r.l.; così TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione, in Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, V, Torino, 1988, p. 301.

COMMENTI A SENTENZE

CONTROLLO GIUDIZIARIO NELLE SRL

sollecitare l'intervento dell'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 2409 c.c. e la collocazione attribuita alla società a responsabilità limitata, non più delineata come una società per azioni di più modeste dimensioni, nell'ambito del sistema societario nel suo complesso».

L'innovazione alla normativa, nel solco di svincolare la disciplina normativa attribuita alle società a responsabilità limitata rispetto a quella applicabile alle società per azioni³, costituisce la per la Corte adita la contropartita del potere conferito a ciascun socio, a prescindere dalla sua partecipazione al capitale sociale della s.r.l., di esperire in via surrogatoria l'azione sociale di responsabilità e di chiedere, sussistenti gravi irregolarità di gestione, la revoca cautelare degli amministratori ai sensi del comma 3 dell'art. 2446 c.c.⁴

³ Sulla differenza di disciplina fra s.p.a. ed s.r.l. introdotta dalla riforma del diritto societario, peraltro, è stata sollevata questione di legittimità costituzionale, sia sotto il profilo dell'eccesso di delega, sia sotto quello della disparità di trattamento tra società per azioni e società a responsabilità limitata e, all'interno di quest'ultima, tra società con collegio sindacale e senza (Cfr. App. Trieste, 5 novembre 2004, in *Giur. It.*, 2005, 1476, con nota di TRIPALDI e da Trib. Cagliari, 4 febbraio 2004, *inedita*. Ma la Corte Costituzionale ha dichiarato infondata tale questione, ritenendo che l'art. 2, lettera f), della legge 3 ottobre 2001 n. 366 (legge delega alla riforma del diritto societario) avesse fissato il principio generale per il quale le società a responsabilità limitata e le società per azioni costituiscono modelli distinti, principio a cui ha fatto da corollario la previsione, per le prime, di un organico ed autonomo complesso normativo ed una impostazione della disciplina radicalmente divergente dalle seconde. Cfr. C. Cost., 29 dicembre 2005, n. 481, in www.cortecostituzionale.it e in *Le Società*, 2006, 451 con commento di SENINI.

⁴ Osserva a tal proposito V. SALAFIA, *Collegio Sindacale e Controllo contabile*, in *Commentario alla riforma delle società*, a cura di F. Ghezzi, Milano, 2005, p. 333 che «*il legislatore della riforma probabilmente ha stimato equivalente questa forma di tutela dell'interesse dei soci e delle società a quella propria del procedimento regolato dall'art.2409. Ha trascurato, però, che la tutela cautelare apprestata dall'art. 2476 è strumentale ad una azione di risarcimento danni ed eventualmente anche di revoca dell'amministratore, già proposta, o, secondo alcuni, ancora da proporre, e non nell'interesse della correzione delle irregolarità commesse dall'amministratore stesso; e non ha considerato, inoltre, che non prevedendo il citato art. 2476, la nomina del nuovo amministratore, sia pure per breve tempo, da parte del giudice, la si rimette a quell'assemblea, nella quale probabilmente è ancora dominante la maggioranza, che non ha voluto o saputo dimettere il precedente amministratore».*

La possibilità di revoca degli amministratori da parte del giudice supplisce quindi parzialmente alla mancata previsione da parte del legislatore della riforma del rimedio costituito, nel diritto previgente, dalla denuncia al tribunale delle gravi irregolarità ai sensi dell'art.2409 c.c.. Prevale

COMMENTI A SENTENZE

CONTROLLO GIUDIZIARIO NELLE SRL

Va peraltro sottolineato come ai singoli soci siano stati attribuiti, in base al disposto del secondo comma dell'art. 2476 c.c., importanti poteri ispettivi sull'operato degli amministratori, con evidente e chiaro intento di addivenire ad una sorta di privatizzazione del controllo societario in loro favore.

Tale principio è desumibile, sempre secondo la Corte di Cassazione, dalla Relazione Governativa al d.lgs del 17 gennaio 2003 n. 6, in cui l'intento richiamato trova riscontro «*nel diritto dei soci di ottenere notizie dagli amministratori circa l'andamento degli affari sociali, nel loro diritto di procedere all'ispezione dei libri sociali e dei documenti, nella riconosciuta legittimazione a proporre l'azione sociale di responsabilità, nella possibilità di ottenere in tale sede provvedimenti cautelari, nella predisposizione di un sistema idoneo a risolvere i conflitti societari interni, nell'attribuzione al collegio sindacale di compiti di controllo incentrati più sui profili contabili (artt. 2476, 2477 c.c.), anziché su quelli di corretta gestione e di legalità, rispetto ai quali deve essere invece concentrata l'attenzione del collegio sindacale delle società per azioni*».

comunque l'opinione che considera lo strumento normativo attuale sostanzialmente di portata limitata, poiché volto esclusivamente ad evitare che la carica di amministratore continui ad essere esercitata da chi ha cagionato danni alla società; l'azione in questione è quindi subordinata alla circostanza che per effetto degli atti di *mala gestio* si sia già verificato un danno per la società, posto che diversamente non sarebbe esperibile l'azione di responsabilità. La misura cautelare prevista dalla riforma si concretizza quindi solo nella rimozione dell'amministratore autore della irregolarità amministrativa denunciata, sempre che essa sia fonte del danno di cui viene richiesto il risarcimento da parte del socio. Per approfondimenti v. se vuoi L.PANZANI, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, libro V del lavoro, Tomo II, a cura di C. Ruperto, Milano, 2009, pp. 2909 e ss; C. RUGGIERO, *La revoca dell'amministratore nella nuova s.r.l.*, Società, 2004, pp. 1085 ss, il quale sostiene, tra l'altro, che alla società a responsabilità limitata sarebbe applicabile l'azione di revoca dell'amministratore per giusta causa prevista per la società di persona ex art. 2259 c.c.; G. PIZZORUSSO, *la riforma del controllo giudiziario ex art. 2409 c.c.*, in *www.altalex.com*, 21.5.2003, critico nei confronti delle modifiche introdotte e preoccupato, tra l'altro, che le s.r.l. possano sottrarsi a qualsiasi tipo di controllo giudiziario che è stato fino all'entrata in vigore della nuova normativa attivabile anche sulla base dell'intervento del Pubblico Ministero (ora escluso pure alla S.p.a. che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio); per una critica all'esclusione dell'operatività dell'art. 2409 c.c. per le s.r.l. v. anche O.CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, Padova, 2007, pp. 260 e ss.

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 20/2010

COMMENTI A SENTENZE

CONTROLLO GIUDIZIARIO NELLE SRL

Le tesi enunciate dalla Corte di Cassazione trovano ancora esplicita conferma dall'applicazione dell'art. 2409 c.c. alle s.r.l. esercenti attività sportiva ex art. 10 l. 23 marzo 1981 n. 91.

L'art. 13 della summenzionata legge, così come modificato dall'art. 8 del d.lgs 6 febbraio 2004 n. 37, con il quale sono state apportate anche alcune correzioni e modifiche al decreto attuativo della riforma societaria, dispone infatti che *“il procedimento di cui all'art. 2409 del codice civile si applica alle società di cui all'art. 19, comprese quelle aventi forma di società a responsabilità limitata; il potere di denuncia spetta anche alle federazioni sportive nazionali”*⁵. Secondo la Corte, questa disposizione *«trova fondamento e presupposto nel convincimento che, diversamente, l'articolo in questione non sarebbe stato applicabile alle società sportive a responsabilità limitata»*.

Risulta così evidente come il citato dettame normativo confermi esplicitamente il principio generale che prevede l'esclusione delle s.r.l. dal novero delle società assoggettabili al controllo giudiziario.

In definitiva, secondo la Corte di Cassazione *«il rinvio alle disposizioni in tema di società per azioni dettato dall'art. 2477 ultimo comma c.c.⁶ in tema di società a responsabilità limitata per i componenti dell'eventuale collegio sindacale va quindi interpretato come richiamo ai requisiti professionali, alle cause di ineleggibilità, decadenza ed incompatibilità dei sindaci stabilite dagli artt. 2397 e segg. c.c., nonché alle rispettive funzioni e ai poteri indicati dagli artt. 2403 e segg. c.c., ma non può certamente valere ad assoggettare loro il potere di sollecitare il controllo giudiziario in relazione a ravvisate irregolarità gestionali, a ciò ostando, la formulazione letterale delle disposizioni vigenti, l'intenzione del legislatore, i diversi connotati attribuiti a*

⁵ Sul contenuto della norma si veda, tra gli altri, R. RORDORF, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, a cura di C. Ruperto, V, 2, Milano, 2009, pp. 2591-2592.

⁶ Recita il succitato articolo: *“nei casi previsti dal secondo e terzo comma (si veda la nota 2, ndA) si applicano le disposizioni in tema di società per azioni; se l'atto costitutivo non dispone diversamente, il controllo contabile è esercitato dal collegio sindacale”*.

COMMENTI A SENTENZE

CONTROLLO GIUDIZIARIO NELLE SRL

dette società rispetto a quelle per azioni, con la riforma organica delle società di capitali di cui al d.lgs.6/2003»⁷.

⁷ Mancando ai sindaci delle s.r.l. la possibilità di esperire i rimedi garantiti dalle procedure dall'art. 2409 c.c a fronte di gravi irregolarità gestionali e/o contabili degli amministratori, appare iniquo ipotizzare in capo ad essi una responsabilità assimilabile a quella dei sindaci delle s.p.a.; sul tema si veda L. DE ANGELIS, *S.r.l.: controllo giudiziario ammissibile su richiesta dei sindaci*, in *Le Società*, 2009, pag.1024 e ss.