

Controllo giudiziario

12 dicembre 2024

Allora, l'ultimo elemento che dobbiamo esaminare, perché è a valle delle attività del Collegio Sindacale, concerne la denuncia di gravi irregolarità e la denuncia al Collegio Sindacale. Sono due fatti specie che sono disciplinate, gli articoli 2408 e 2409. fino a poco tempo fa erano strumenti che erano limitati alle sole società per azioni, mentre oggi sono state stese anche le SRL e Soprattutto l'altro elemento che va tenuto in considerazione è che la legittimazione ad agire per quanto riguarda una denuncia al tribunale è oggi radicata sia sui soci che sul collegio sindacale, mentre per le società quotate questa legittimazione spetta anche al pubblico ministero. sono norme molto delicate perché la casistica che poi ha portato, adesso lo vedremo, all'attuale formulazione dell'articolo 2409, deriva proprio da una vicenda processuale molto complessa e che vedeva il coinvolgimento di Silvio Berlusconi, o meno di società del gruppo di Silvio Berlusconi e questo ha portato sia una riformulazione della 2409 all'esito della riforma del 2003, sia la previsione che l'intervento del PM, quindi del Pubblico Ministero, quella che viene chiamata attività civilistica del titolare dell'azione penale, riguarda soltanto le società quotate, proprio anche questo in relazione a questa vicenda processuale di cui dopo parlerò. Il tema della denuncia al Tribunale del 1409, o la denuncia di gravi irregolarità, chiamatela come preferite, è una fattispecie molto complessa che ha avuto anche nel passato sfaccettature molto particolari, cioè sostanzialmente c'è stato un periodo di tempo in cui il 2409 è stato anche uno strumento, un elemento strumentale perché prima della riforma del 2003 le possibilità di recesso del socio erano molto limitate e quindi le possibilità di uscita dalla società molto compresse e quindi c'era una delle tecniche che si usava per forzare la mano al socio di maggioranza per poter essere liquidati, era proprio quello di ricorrere al 2409 per cercare di ricattare il socio di maggioranza.

Oggi, naturalmente, con la modificazione del diritto di recesso, questa fattispecie è molto ridotta, sia molto ridotta, oltretutto il fatto che per lunghissimo tempo, fino a tempi recenti, l'SRL fosse esclusa dall'utilizzabilità di questo strumento faceva sì che, essendo circoscritto dal solo SPA, anche la platea potenziale dei soggetti interessati fosse molto ridotta. Si tratta di uno strumento particolare perché, come voi sapete, vige nell'ambito contrattuale un principio di carattere generale che ci dice che l'autorità giurisdizionale non può entrare nel merito dell'adempimento del contratto, non può entrare nel contratto. Quindi non può compiere attività di verifica del funzionamento interno dell'organizzazione contrattuale, essendo la società in linea di principio un contratto. Quindi c'è un principio di intangibilità dell'operatività interna della società che trova un suo limite all'esito di atti che comportino la responsabilità degli amministratori, ma che nella condotta usuale impedirebbe ai terzi e soprattutto all'autorità giurisdizionale di ingerirsi nel funzionamento della società e della sua gestione che cospetta gli amministratori. L'unica eccezione che noi abbiamo nel nostro ordinamento è quella contemplata appunto dal 2409, il quale prevede che sostanzialmente il collegio sindacale e i soci che rappresentino almeno il 10% del capitale sociale in singolarmente o in aggregato, possono presentare una denuncia quando abbiano rilevato gravi irregolarità nella gestione che possono realizzare un danno a favore della società.

Qui bisogna intendersi molto bene perché il perimetro della disposizione ha delle specificità. Le gravi irregolarità devono essere irregolarità in corso, non possono essere fenomeni che sono già ormai stati conclusi, perché allora in questo caso il danno si è già verificato e ovviamente l'azione esperibile non è quella denuncia al Tribunale, bensì l'azione di responsabilità. L'altro elemento che va tenuto in considerazione è dato dal fatto che le gravi irregolarità che giustificano la denuncia del Tribunale devono essere gravi irregolarità di amministrazione. Bisogna stare sempre molto attenti perché spesso si tende a sovrapporre quelle che sono dinamiche consigliari con dinamiche

assembleari, soprattutto nelle società di più piccole dimensioni che questi confini spesso sono anche molto facilmente sovrapponibili, si tende quasi a dare un'interpretazione assembleare o dei soci di quelle che sono attività degli amministratori o viceversa e che naturalmente per quelle che fanno un riflesso nell'attività dei soci impediscono poi il ricorso al 2409. Vi dicevo che deve essere un decimo del capitale sociale, questo differenzia naturalmente la denuncia all'autorità giudiziaria, al tribunale e rispetto alla denuncia al collegio sindacale che invece può essere fatta anche con sogli di partecipazione minime. naturalmente è un procedimento del tutto diverso, si estriseca in modalità diverse.

I soggetti possono aggregarsi tra loro, quindi non è necessariamente detto che debba essere un individualmente ad avere il 10%.

Come vi dicevo è stata profondamente riformulata con la riforma del 2003 all'esito di una famosa, di un importante contenzioso che si è avuto negli anni 90 che riguardava la Procura della Repubblica di Milano e una società del gruppo Fininvest che si chiama tuttora Publitalia 80, che è sostanzialmente la società che svolge l'attività di collocamento pubblicitario per conto di Mediaset. Parliamo di una fase storica nella quale il Mediaset non era società quotata, nessuna società del gruppo Berlusconi era quotata e quindi si trattava di un gruppo privato. Ecco perché poi dopo c'è stato questo dibattito quando è stata fatta la riforma del 2003 e nel testo unico della finanza di introdurre solo in questo caso la previsione che il PM potesse azionare questo strumento, perché sostanzialmente una delle contestazioni che allora si fece e che poi portò a questa considerazione è che i danni lamentati dalla Procura si riflettevano in un danno agli azionisti. di una società non quotata, che quindi avrebbe avuto estrema facilità, anche perché erano tutte persone di fiducia dell'azionista di controllo, a sostituirli se non ci fosse stata una volontà da parte dei soci di controllo di consentire agli amministratori questo tipo di azioni. come si svolse la vicenda e che cosa successe ed ecco perché poi la formulazione attuale. A quel tempo il 2409 non aveva la formulazione di oggi e quindi prevedeva che a fronte della denuncia il Tribunale avesse un'alternativa secca o la sostituzione degli amministratori e dei sindaci con la nomina di un amministratore giudiziale oppure un'attività di ispezione interna. Per ragioni, diciamo che adesso non vi sto a spiegare, che riguardano poi le tattiche processuali degli Avvocati, una tecnica comune che si usava a quel tempo per, diciamo, difendersi dal 2409 era quella di far dimettere il Consiglio di Amministrazione e il Collegio Sindacale. Perché questo? Perché sostanzialmente in questa maniera, siccome la contestazione del fatto delle gravi irregolarità riguarda quel consiglio di amministrazione, allora le dimissioni, facendo venire meno l'organo, fanno venire meno il soggetto a cui potrebbero essere imputate quei determinati atti. Era una manovra strumentale ma efficace per bloccare sul nascere lo sviluppo di un'attività di controllo interno sulla società, perché questo avrebbe implicato la sostituzione degli amministratori, eventualmente un nuovo 2409 e così via. Complicava moltissimo la possibilità di andare avanti nel 2409. Il collegio difensivo degli amministratori, o di buona parte degli amministratori di Publitalia 80, tra i quali c'era un professore universitario di cui peraltro sono stato assistente quando sono laureato a Genova, che si chiamava Franco Bonelli, che ha scritto praticamente ha dedicato tutta la sua attività scientifica agli amministratori, prese questa decisione, cioè sostanzialmente fece di mettere gli amministratori in carica e fece nominare un gruppo di amministratori, in realtà tre amministratori, che erano, si potrebbero con le parole attuali, a quel tempo non si usava questa espressione, essere chiamati amministratori indipendenti, cioè sostanzialmente erano delle persone che pur avendo avuto dei rapporti col gruppo film, western, commedia, 7 compagnie a cantante, però non avevano una relazione costante con questo gruppo, lo conoscevano ma non avevano una relazione costante, soprattutto erano delle persone che erano stimate dal Tribunale di Milano dove si svolgeva appunto questa azione. e sostanzialmente fecero

questa proposta al Tribunale di Milano di non nominare amministratori giudiziali, di non avviare l'ispezione sulla società, ma di dare un mandato specifico a questi amministratori in carica, così nominati, con le caratteristiche che vi avevo detto, i quali avrebbero dovuto entro sei mesi fare una relazione e intervenire ponendo fine a quelle che erano le gravi irregolarità che si erano evidenziate. E se all'esito di questi sei mesi la relazione fosse stata positiva, positivamente valutata da parte del Tribunale, allora non ci sarebbe stata nessuna ulteriore attività. Se invece le gravi irregolarità o non fossero state concluse o non fossero definibili in quei tempi, allora il Tribunale avrebbe potuto nominare un amministratore giudiziario o comunque prendere le altre decisioni che possono competere al Tribunale in caso di gravi irregolarità. Questa tattica processuale si rivelò efficace perché effettivamente il Tribunale di Milano decise di non andare avanti, di accettare questa proposta che venne fatta dagli avvocati di Pubblicitario 80.

E cosa successe? Che sostanzialmente questa struttura, questa modalità di evoluzione del 2409 è poi stata replicata all'interno della nuova formulazione durante la riforma del 2003, perché tra l'altro Franco Bonelli era uno dei componenti della Commissione, in particolare era uno di quelli che si dedicava alla redazione della parte sugli amministratori e sui sindaci. Per cui se oggi noi prendiamo il 2409 e lo leggiamo, ci accorgiamo che sostanzialmente è stata giuridificata, è stata legificata quella che è stata la procedura che vi ho brevemente descritto, perché se noi adesso lo prendiamo che fosse la lettura della norma, è ancora più semplice che il suo racconto e vi rendete conto come sostanzialmente abbiano riproposto sul piano normativo quello che poteva essere la formulazione che io vi ho descritto brevemente. Infatti se voi lo leggete dice, se vi è il fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arricchire e danno alla società 1 o più società controllate, i soci che rappresentano il decimo del capitale sociale o della 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. Qui aggiungo una cosa che non ho detto prima, che è una novità contenuta nella riforma del 2003, anche se mi era successo poi personalmente proprio nel 2003 di ottenere dei 2409 con irregolarità su altra società, dovete anche tenere in conto che la grave irregolarità potrebbe non essere nella controllante ma nella controllata, Io partecipo alla controllante, la grave irregolarità si verifica nella controllata, io socio di minoranza della controllante posso accedere allo strumento anche se la grave irregolarità non è generata sulla società cui direttamente partecipo.

Il punto, diciamo, lo sviluppo dello strumento si ha al secondo e terzo comma. Il Tribunale sentiti in Camera di Consiglio gli amministratori sindaci perché vi è un obbligo di audizione dei componenti del collegio sindacale e degli amministratori, altrimenti questo potrebbe essere oggetto di reclamo se non viene esperito, e sì perché naturalmente ci operiamo all'interno della volontaria giurisdizione, cioè la caratteristica della volontaria giurisdizione rispetto alla giurisdizione tradizionale, quella contenziosa. e che non si generano decisioni che hanno efficacia di giudicato, quindi qualunque decisione il Tribunale assume può essere modificata nel corso del tempo. Passatemi il termine che non è da processualista, c'è un'adattabilità delle decisioni al contesto che invece non è proprio delle decisioni del giudizio contenzioso. perché nel giudizio contenzioso il giudicato poi modifica la realtà giuridica con una decisione che è efficace tra le parti e le loro 20 cause. Nella giurisdizione cosiddetta volontaria ciò non accade perché il giudice può sempre ritornare sulla propria decisione e può soprattutto modificarla nel corso del tempo.

Quindi il Tribunale, sentiti i amministratori sindaci in Camera di Consiglio, può ordinare l'ispezione dell'amministrazione della società a spese dei soci, richiedendo il subordinato nel caso alla prestazione di una cauzione. Questo è uno dei due rimedi, l'altro è la sostituzione degli

amministratori con un amministratore giudiziario che sono in mano al Tribunale. Parliamo sempre del Tribunale in composizione collegiale, questo qui è un caso di composizione collegiale obbligatoria.

E qui vediamo l'alternativa, il tribunale non ordina l'ispezione e sospende per un periodo determinato il procedimento, come vi avevo detto in quel caso la sospensione era stata semestrale, Se l'Assemblea sostituisce gli amministratori e i sindaci con soggetti di adeguata professionalità che si attivano senza indugio per accertare se le violazioni sussistono e in caso positivo per eliminarle, riferendo al Tribunale sugli accertamenti e le attività compiute. che si introduce una ulteriore alternativa tra le due precedenti rappresentate dalla Ispezione e dalla nomina amministratore giudiziaria, una sorta di creazione di un independent board che in quel periodo di tempo svolge un'attività destinata a questo tipo di attività. Se le violazioni denunciate sussistono, ovvero se gli accertamenti dell'attività compiute dai sensi del terzo comma risultano insufficienti alla loro eliminazione, il Tribunale può disporre gli opportuni provvedimenti provvisori e convocare l'Assemblea per le conseguenti deliberazioni. Nei casi più gravi può revocare gli amministratori ed eventualmente anche i sindaci e nominare gli amministratori giudiziari determinando i poteri e la durata. Quindi vedete la scala gradata, l'alternativa che vi avevo detto prima, che però a questo punto diventa un'alternativa condizionata se la società mette in essere quegli strumenti che sono contenuti al terzo comma dell'articolo 2409.

L'amministratore giudiziario è, se nominato naturalmente, un ausiliario del giudice, svolge una relazione alla società, naturalmente interviene per porre fine alle gravi irregolarità e una volta conclusa la propria attività, nel senso una volta eliminate le gravi irregolarità, deve convocare l'assemblea dei soci per la nomina dei nuovi amministratori oppure, alternativamente, se la situazione non può avere una reale modificazione, chiedere la liquidazione della società o l'ammissione a una procedura concorsuale. Nel nostro caso parliamo di liquidazione giudiziale. Vi dicevo che la legittimazione è concorrente anche del Collegio Sindacale e nelle società quotate anche del Pubblico Ministero.

Con riferimento poi specifico al 2409 verso il Collegio Sindacale, per quanto riguarda la società, questo potere spetta anche a CONSOB, cioè nelle società quotate anche CONSOB in caso di gravi irregolarità dell'ordono di controllo può intervenire e chiedere che siano sostituiti gli amministratori, scusate, i componenti del collegio sindacale e la società quotata. Qui ovviamente trattandosi di attività di controllo e non di attività amministrative non è possibile intervenire con le modalità che abbiamo visto al terzo comma di questa norma, cioè con la sostituzione e la creazione di un un organo amministrativo temporaneo che faccia questi interventi di carattere speciale sulla società che aveva in essere quelle gravi irregolarità.

L'altro strumento che c'è a disposizione dei soci che credono o hanno fondato sospetto che vi siano da parte della maggioranza, soprattutto degli amministratori, che vi siano in essere dei fenomeni che possono danneggiare gravemente la società stessa è il 2408, cioè la denuncia al collegio sindacale. Qui lo strumento è sicuramente molto più semplice. perché si tratta di una denuncia che viene fatta dai soci al collegio sindacale, soci che non devono avere un livello particolare di detenzione di partecipazioni.

La differenza sostanziale è che se si raggiungono determinate soglie che sono rispettivamente rappresentate dal ventesimo del capitale sociale o dal cinquantesimo nelle quotate, mentre negli altri casi il collegio sindacale ha il potere ma non l'obbligo di indagare, in questo caso ha l'obbligo di indagare senza ritardo sui fatti denunciati e a seguito di questo tipo di verifiche deve relazionare

alla prima assemblea utile nella quale svolgere le proprie osservazioni sull'attività svolta. Oppure convocare l'Assemblea per poter relazionare di quanto di quanto fatto e dei risultati soprattutto di questa attività perché naturalmente se risultano fondati questi sospetti bisognerebbe anche proporre ai soci di intervenire in modo tale da impedire la loro evoluzione perché il collegio sindacale in questo caso non ha un potere di intervento ma solo un potere di verifica quindi il fatto potrebbe anche continuare nel corso del tempo e produrre appunto un danno a carico della società. detto questo abbiamo un pochetto completato quella che è la struttura del sistema di controllo del sistema di amministrazione tradizionale però come voi ricorderete noi abbiamo altri due sistemi di amministrazione che sono rispettivamente il sistema dualistico ed il sistema monistico e quindi dobbiamo seppure brevemente dare un po' conto anche di questi due sistemi in particolare siccome sono fortemente impiegate sulle logiche del controllo, cioè sull'aspostamento dell'attività di controllo trattarne le principali linee direttrici.