

I BATTELLI DEL RENO

Rivista on-line di diritto ed economia dell'impresa

(www.ibattellidelreno.uniba.it – www.ibattellidelreno.it)

direzione

Gianvito Giannelli Ugo Patroni Griffi Antonio Felice Uricchio

comitato scientifico

**Sabino Fortunato (coordinatore) - Lorenzo De Angelis - Pietro Masi -
Cinzia Motti - Antonio Nuzzo – Luigi Filippo Paolucci - Salvatore Patti -
Michele Sandulli - Gustavo Visentini**

Redazione di Bari

**Emma Sabatelli, Giuseppina Pellegrino, Eustachio Cardinale, Rosella
Calderazzi, Barbara Francone, Anna De Simone, Valentino Lenoci,
Enrico Scoditti, Emma Chicco, Claudio D'Alonzo, Giuditta Lagonigro,
Concetta Simone**

Redazione di Foggia

**Michele Bertani, Andrea Tucci, Giuseppe Di Sabato, Corrado Aquilino,
Pierluigi Pellegrino, Grazia Pennella, Annalisa Postiglione**

Redazione di Lecce

**Maria Cecilia Cardarelli, Andrea Sticchi Damiani, Giuseppe Positano,
Alessandro Silvestrini**

Redazione di Roma

**Giustino Enzo Di Cecco, Paolo Valensise, Vincenzo Vitalone, Valeria
Panzironi, Ermanno La Marca, Valentina Depau**

Redazione di Taranto

**Daniela Caterino, Cira Grippa, Gabriele Dell'Atti, Giuseppe Sanseverino,
Pietro Genoviva, Francesco Sporta Caputi, Barbara Mele**



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO**

Direzione

Piazza Luigi di Savoia n. 41/a
70100 – BARI - (Italy)
tel. (+39) 080 5246122 • fax (+39) 080 5247329
direzione.ibattellidelreno@uniba.it

Coordinatore della pubblicazione on-line: Giuseppe Sanseverino
Redazione: presso il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo:
Società, Ambiente, Culture - Sezione di Economia -
Via Lago Maggiore angolo Via Ancona
74121 - TARANTO - (Italy)
tel (+39) 099 7720616 • fax (+39) 099 7723011
redazione.ibattellidelreno@uniba.it
giuseppe.sanseverino@uniba.it

ISSN 2282-2461 I Battelli del Reno [on line]

I Battelli del Reno, rivista on line di diritto ed economia dell'impresa, è registrata presso il Tribunale di Bari (decreto n. 16/2012)

La rivista è licenziata con Creative Commons Attribuzione – Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

GIURISPRUDENZA

COLLEGIO ARBITRALE IN BARI – 4 ottobre 2012 – Pres. AUGUSTO – Arbitri FRABASILE – SCHITTULLI – Parti: G.M., P.G. (avv. Lopedote) c. s.r.l. C.S. (contumace), C.V., L.G., C.P., C.P. (avv. Moramarco), M.M. (avv. Taffarel).

arbitrato in materia societaria – clausola compromissoria – deferibilità delle controversie relative all'impugnazione di delibere assembleari – aumento diretto del capitale sociale senza riduzione in caso di perdite superiori ad un terzo.

L'atto costitutivo di una società di capitali (che non faccia ricorso al mercato del capitale di rischio ex art. 2325 bis c.c.) deve prevedere espressamente la compromettibilità in arbitrato societario delle controversie promosse contro, e da, amministratori, sindaci e liquidatori. (1).

Nell'ambito di un procedimento arbitrale in materia societaria, è compromettibile in arbitrato l'impugnazione della delibera assembleare per vizi derivanti dalla pretesa violazione di posizioni giuridiche soggettive individuali. In particolare soltanto le controversie relative alla violazione di norme poste a tutela della collettività dei soci o dei terzi non possono essere oggetto di compromesso. (2).

Non è nulla la delibera con cui l'assemblea di una società a responsabilità limitata, che ha subito perdite superiori ad un terzo del capitale ed in cui quest'ultimo è sceso oltre il minimo legale, procede direttamente ad aumentare il capitale sociale senza prima ridurlo o azzerarlo. (3).

L'esecuzione di una delibera assembleare da parte dei soci assenti priva tali soci dell'interesse ad agire per l'invalidità della stessa delibera. Pertanto, difetta l'interesse ad agire, ex art. 100 c.p.c., in capo ai soci di una società a responsabilità limitata che abbiano sottoscritto l'aumento del capitale sociale deliberato nel corso dell'assemblea in cui erano assenti. (4).

FATTO E DIRITTO. (Omissis) Con atto del 6/10/2011 i sigg.ri G.M. e P.G., quali soci della C.S. s.r.l., deducevano che a causa di difficoltà finanziarie della società, conseguenti all'esposizione debitoria maturata per mancato pagamento di rate del mutuo scadute avevano eseguito finanziamenti in favore della C.S. s.r.l., divenendo così titolari di un ingente credito nei confronti della società. Deducevano gli istanti che, malgrado l'apporto di liquidità fornito dai soci, la situazione di crisi perseverava, come attestato dalle perdite riportate nel bilancio chiuso al 31/12/2010, con conseguente erosione del capitale e scioglimento della società ex art. 2484 n. 4 c.c., stante la mancata tempestiva convocazione dell'assemblea straordinaria ex art. 2482 ter c.c..

I ricorrenti riferivano inoltre che con delibera del 7/6/2011 l'assemblea straordinaria dei soci – in loro assenza – aveva deliberato l'aumento del capitale sociale; aveva disposto che la quota di capitale sociale non sottoscritta dagli assenti G. e P. fosse immediatamente sottoscritta dagli altri soci in proporzione alla rispettiva partecipazione detenuta, condizionando risolutivamente detta sottoscrizione all'esercizio del diritto di opzione da parte di G. e P. nel termine di 30 giorni dal ricevimento della comunicazione della delibera di aumento del capitale sociale. Ed ancora gli istanti deducevano di aver esercitato il diritto di opzione loro spettante e di aver sottoscritto l'aumento di capitale sociale in misura proporzionale alla rispettiva partecipazione, inoltrando nel termine la raccomandata alla società ed al notaio rogante il verbale di assemblea del 7/6/2011, con riserva di ogni azione; di aver contestualmente dichiarato di voler eseguire il pagamento degli importi dovuti avvalendosi del diritto di compensazione legale ex art. 1243 c.c. con i loro rispettivi crediti; di aver denunciato l'illegittimità della delibera assembleare del 7/6/2011 laddove subordina il proporzionale svincolo del capitale sociale sottoscritto dai sigg.ri M.M., M.G., C.P., L.G. e C.V. al versamento della corrispondente quota parte di spettanza dei ricorrenti. I ricorrenti deducevano pertanto l'invalidità della delibera assembleare del 7/6/2011 e di tutte quelle successive e ad essa conseguenti, nonché il conflitto d'interessi dell'organo amministrativo, ed affermavano il proprio interesse ad impugnarle ex art. 2479 ter c.c., nonché a promuovere azione di responsabilità per mala gestio nei confronti delle diverse persone fisiche che, in conflitto di interessi, si erano succedute nella carica amministrativa.

Gli istanti pertanto, invocando la clausola compromissoria, chiedevano che il presidente del tribunale di Bari volesse nominare collegio arbitrale cui devolvere la controversia.

In data 10/4/2012 gli arbitri accettavano la nomina. (Omissis).

I ricorrenti sigg.ri G. e P. depositavano in data 26/4/2012 fascicolo di parte chiedendo l'accoglimento delle seguenti conclusioni: in via principale, nel merito, accertare e dichiarare l'invalidità della delibera assunta dall'assemblea dei soci della C.S. s.r.l. in data 7/6/2011 e di tutte quelle conseguenti; sempre in via principale, nel merito, accertare e dichiarare la responsabilità dei sigg.ri C.V., M.M., C.P., L.G. e C.P., tutti nelle rispettive qualità, ai sensi e per gli effetti di cui all'art 2476 c.c., sesto e settimo comma, per i danni patrimoniali patiti in conseguenza della mala gestio societaria da essi posta in essere o avallata e, per l'effetto, condannare i convenuti in solido tra loro, a corrispondere a titolo di risarcimento gli importi di euro 60.780,58 in favore del sig. G.M. ed euro 273.512,61 in favore della sig.ra P.; in via graduata dichiarare valida la sottoscrizione dell'aumento di capitale effettuata dai sigg.ri G. e P. ed interamente liberate le quote da essi sottoscritte mediante compensazione legale, ex art. 1243 c.c., con i crediti da essi vantati nei confronti della società (omissis). All'adunanza del 15/5/2012 il collegio arbitrale, riscontrato che la C.S. s.r.l. aveva ricevuto la notifica del verbale del 10/4/2012, e rilevata la sua mancata costituzione, ne dichiarava la contumacia.

I sigg.ri C., L., C. e C. depositavano comparsa di costituzione e fascicolo di parte in data 8/6/2012, in cui formulavano le seguenti conclusioni: in via preliminare accertare e

dichiarare l'inapplicabilità della clausola arbitrale agli amministratori e/o l'incompetenza del collegio arbitrale in ordine alla domanda; in via subordinata e nel merito accertare e dichiarare l'insussistenza di responsabilità gestoria/amministrativa dei resistenti; accertare e dichiarare l'insussistenza dei danni a carico dei sigg.ri G. e P.; (omissis).

Il sig. M.M. depositava comparsa di costituzione e fascicolo di parte formulando le seguenti conclusioni: in via preliminare e pregiudiziale, dichiarare l'inammissibilità della domanda di arbitrato; rigettare integralmente le pretese formulate dagli attori stante la mancanza dei presupposti e l'infondatezza delle stesse; (omissis).

Il collegio, sciolta la riserva dopo ampia discussione, decide il procedimento in ragione dei seguenti motivi.

(Omissis) questione preliminare che merita prioritariamente di essere risolta concerne l'eccezione di incompetenza del collegio sollevata dai chiamati, sul rilievo che la clausola compromissoria statutaria non comprenderebbe anche l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori. L'eccezione è fondata e va accolta per quanto di ragione. Il dato testuale dell'art. 34, co. 4° D.lgs n. 3/05 non genera dubbi interpretativi sulla possibilità che gli atti costitutivi prevedano la compromettibilità in arbitrato societario anche (rispetto a quelle previste dal comma 1° dello stesso articolo) delle controversie promosse da, e contro, amministratori, liquidatori e sindaci. Ma a tal fine è richiesta una esplicita previsione, in difetto della quale non può sostenersi alcuna implicita o automatica inclusione nelle controversie compromesse in arbitrato anche di quelle promosse da o contro gli organi sociali, altrimenti il comma 4° dell'art. 34 D.lgs 5/03 costituirebbe una superfetazione di quanto già previsto generaliter al comma 1°. Ciò posto dalla lettura della clausola dello statuto della C.S. s.r.l. non risulta inserita e prevista alcuna controversia promossa da o contro gli amministratori, facendosi generico riferimento a "tutte le controversie aventi ad oggetto diritti disponibili relativi al contratto sociale..." secondo il paradigma del solo comma 1° dell'art. 34 D.lgs 3/05. Ne consegue che la domanda dei ricorrenti, con cui si esperisce un'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori convenuti, sfugge alla competenza del collegio arbitrale, appartenendo per quanto detto alla competenza del giudice ordinario. Va ora esaminata la domanda relativa all'accertamento e declaratoria di invalidità della delibera sociale del 7/6/2011. In riferimento ad essa impugnazione è stata eccepita, in particolare dal terzo sig. M.M., sia la decadenza per intempestività, sia la nullità della domanda arbitrale afferendo a diritti non disponibili dei soci, sull'assunto della violazione delle norme imperative degli artt. 2482 ter e 2484 c.c.. Prima di procedere alla disamina nel merito della domanda dei ricorrenti, occorre preliminarmente affrontare le cennate eccezioni del resistente M.. Quanto alla prima eccezione, si rileva che la delibera è stata impugnata tempestivamente dai ricorrenti, tenuto conto che il termine decadenziale breve di novanta giorni ex art. 2479 ter c.c. decorre dal momento della trascrizione nel libro dei soci della delibera. Pertanto è infondata e va rigettata l'eccezione di decadenza. Venendo all'altra eccezione sulla disconosciuta compromettibilità in arbitri della domanda di invalidità della delibera impugnata, il collegio condivide il recente indirizzo giurisprudenziale di merito (trib. Napoli, sez.

VII, 8.3.2010) secondo cui “le disposizioni di cui all’art. 35, comma 5 e dell’art. 36 comma 1 del d.lg n. 5 del 2003 hanno inequivocabilmente consentito la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari, senza distinguere – a differenza dell’ipotesi generale prevista dall’art. 34, comma 1 (che ammette l’arbitrato solo per le controversie relative a diritti disponibili) – tra vizi che determinano l’annullabilità della decisione dei soci (art. 2377 c.c.) o la sua nullità (art. 2379 c.c.), ed, in quest’ultimo caso, senza distinguere tra i vizi che riguardano il procedimento seguito per l’adozione della delibera impugnata (art. 2379, comma 1, c.c., con riferimento ai casi di mancata convocazione e di mancanza di verbale) e quelli che investono il suo contenuto (art. 2379, comma 1, c.c., con riferimento ai casi di impossibilità o illiceità dell’oggetto)”. Ma si vuole aggiungere che, anche a voler operare il distinguo tra i vizi d’invalidità delle decisioni dei soci non discriminati dall’art. 2479 ter c.c., per stabilire se trattasi di nullità o annullabilità, occorre aver riguardo all’interesse asseritamente leso nel caso concreto. Premesso che le controversie in materia societaria che non possono formare oggetto di compromesso sono soltanto quelle concernenti la violazione di norme poste a tutela dell’interesse collettivo dei soci o dei terzi (omissis), a differenza di quelle concernenti violazioni di norme o regole che incidono su diritti ed interessi dei singoli soci, può affermarsi che è compromettibile in arbitri l’impugnazione di una deliberazione per vizi derivanti dalla pretesa violazione di posizioni giuridiche soggettive individuali, certamente disponibili da parte dei rispettivi titolari, in quanto suscettibili di rinuncia e transazione da parte degli stessi. Nel caso di specie i ricorrenti hanno dichiaratamente impugnato la delibera di aumento di capitale del 7/6/2011 sull’assunto della lesione dei loro diritti patrimoniali di soci di minoranza, come aliunde si ricava dalla domanda dai medesimi formulata relativamente alla declaratoria di validità della sottoscrizione dell’aumento di capitale da essi effettuata, dal che inferendosi un interesse incompatibile con la nullità della delibera. Ne deriva la piena compromettibilità in arbitri dell’interposta impugnativa della delibera societaria per il dedotto vizio di annullamento della stessa. Pertanto, le esaminate eccezioni vanno rigettate.

Venendo al merito della domanda dei ricorrenti, risulta in particolare dal bilancio al 31.12.2010 della C.S. s.r.l., che alla chiusura del relativo esercizio si registrava una perdita che intaccava per oltre un terzo il capitale sociale, con conseguente obbligo per gli amministratori a norma dell’art. 2482 ter c.c. di convocare senza indugio l’assemblea, per deliberare al riduzione di capitale ed il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al minimo legale di cui all’art. 2463 c.c.. Diversamente l’assemblea dei soci della C.S. s.r.l. ha deliberato in data 7.6.2011 in via diretta, senza alcun azzeramento riduzione del capitale, l’aumento dello stesso. I ricorrenti, a fondamento della dedotta invalidità della suddetta delibera, sostengono che sin dal 2009 il capitale sociale era del tutto eroso dalle perdite, ragion per cui a mente dell’art. 2484 n. 4 c.c. si era verificata una causa legale di scioglimento della società, ostativa all’aumento di capitale deliberato, tra l’altro, in violazione del procedimento previsto dall’art. 2482 ter c.c.. (Omissis). Va premesso che la più recente dottrina societaria ha

superato la tradizionale e rigida interpretazione letterale dell'art. 2482 ter c.c. nel senso di riconoscere come legittima una delibera tardiva di aumento del capitale pur in mancanza di preventivo o contestuale ripianamento delle perdite, purché l'aumento del capitale comunque deliberato abbia ricondotto la società in una situazione, per così dire, fisiologica. Deve escludersi pertanto che la violazione dell'art. 2482 ter c.c., nei termini sopra esposti, sia sufficiente ad argomentare la nullità della delibera, per essersi discostata dal *modus procedendi* della contestuale riduzione o azzeramento del capitale e sua ricostituzione e/o integrazione. Il recupero della *ratio legis* conduce a ritenere, dunque, priva di utilità la tesi della nullità della delibera di solo aumento del capitale che, pur non rispondendo allo schema legale dell'art. 2482 ter c.c., ha comunque raggiunto lo scopo e posto la società nella condizione di evitare lo scioglimento ex art. 2484 n. 4 c.c., senza alcuna lesione dei diritti dei soci di minoranza. Nella fattispecie, la posizione dei soci G. e P. è stata in effetti tutelata dall'esercizio dei diritti d'opzione e sottoscrizione pro quota del deliberato aumento di capitale, ed a fortiori poiché avvenuta, come da oro specifica richiesta, con compensazione legale degli importi a tale titolo dovuti, con i crediti dai medesimi soci vantati nei confronti della C.S. s.r.l. per preesistenti prestiti infruttiferi. Al riguardo, anzi, non può sfuggire al collegio, in punto di verifica dell'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c., il rapporto di antitesi stabilito dai medesimi ricorrenti tra la domanda di invalidità della delibera del 7.6.2011, e la domanda di declaratoria di validità della stessa delibera in dipendenza della sottoscrizione dell'aumento di capitale sociale, con liberazione delle quote da essi sottoscritte mediante compensazione legale con i crediti vantati nei confronti della società nei limiti di quota pro capite. Verificatasi, come detto, detta condizione posta dai ricorrenti, non solo non è più dato ravvisare un apprezzabile interesse ad agire dei medesimi rispetto all'impugnativa della delibera del 7.6.2011, ma si è concretizzata un'ipotesi di cessazione della materia del contendere, fondata sul fatto dell'intervenuto superamento della situazione di conflitto tra le parti. Inoltre l'esercizio del diritto di opzione mal si concilia anzi sconfessa l'interesse a agire degli stessi, in est l'uscita dalla società.

P.Q.M.

(omissis) il collegio dichiara il sopravvenuto difetto di interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. e conseguentemente cessata la materia del contendere tra le parti; dichiara la incompetenza del collegio arbitrale, per difetto nella clausola compromissoria dello statuto della C.S. s.r.l. di espressa previsione di controversie promosse da e contro amministratori a norma dell'art. 34 co. 4° D.lgs n. 5/03; (omissis).

(1) La massima in esame tratta il tema della compromettibilità in arbitrato dell'azione di responsabilità promossa dai soci contro gli amministratori della società e,

in particolare, si sofferma sulla (dibattuta) necessità che lo statuto contenga, espressamente, la volontà di devolvere ad arbitri la risoluzione di tali controversie.

Da un punto di vista normativo, l'arbitrato societario è stato introdotto con il decreto legislativo 17 gennaio 2003 n. 5 recante "Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366" (e non modificato dalla successiva riforma del processo civile attuata con la legge 18 giugno 2009 n. 69 recante "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile") e per quanto concerne, in particolare, la compromettibilità delle controversie è previsto che essa sia subordinata alla disponibilità dei diritti su cui si controverte, in base al dettato dell'art. 34, primo, quarto e quinto comma del predetto d.lgs 5/2003. Tali norme devono, comunque, essere poste in rapporto con quelle ex artt. 806 - 808 quinquies c.p.c. (libro IV, titolo VIII, capo I: "Dell'arbitrato"), come modificati dall'art. 20 del decreto legislativo 2 febbraio 2006 n. 40 recante "Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80". Dall'interpretazione delle norme contenute nell'art. 34 d.lgs 5/2003 secondo la chiave fornita da quelle ex artt. 808 bis e quater c.p.c., sembra che il legislatore abbia considerato con ampio favore la deferibilità in arbitrato delle controversie relative ai contratti (quindi anche ai contratti associativi, come quello in esame).

Posto il favor arbitrati appena evidenziato, in riferimento alla compromettibilità dell'azione di responsabilità contro gli amministratori, è, tuttavia, da sottolineare che già prima della riforma del 2003 la Suprema corte, con la sentenza 2 settembre 1998, n. 8699, in *Giust. civ. massimario*, V, 1998, 1833, affermava che l'azione sociale di responsabilità prevista dall'art. 2393 c.c., potendo formare oggetto di rinuncia e transazione, fosse deferibile al giudizio arbitrale così come ricavabile da una lettura piana dell'art. 806 c.p.c. e dell'art. 2393, ultimo comma, c.c..

Tale impostazione, nel senso della compromettibilità delle controversie aventi come soggetto (attivo o passivo) l'organo amministrativo della società, risulta ormai pacificamente acquisita in seguito all'entrata in vigore del d.lgs 5/2003, come si evince, anche, dalla costante giurisprudenza di merito (cfr. trib. Bari, 7 novembre 2007, in *Giurisprudenza di merito*, V, 2008, 1329; trib. Bari, 7 febbraio 2007, in *Merito*, VII-VIII, 2007, 39; trib. Milano, 25 giugno 2005, in *Giur. It.*, VIII-IX, 2006, 1639; trib. Bologna, 25 maggio 2005, in *Giur. It.*, VIII-IX, 2006, 1640).

Ciò detto, il tema centrale della massima riguarda l'eventuale necessaria presenza di un requisito formale da rispettare affinché sia possibile deferire ad arbitri le controversie promosse da, o contro, amministratori, liquidatori o sindaci. In particolare, dalla lettura del quarto comma dell'art. 34 d.lgs 5/2003, sembrerebbe che gli atti costitutivi delle società debbano espressamente prevedere tale deferibilità (cfr. trib. Salerno, 19 giugno 2009, in *Redazione Giuffrè*, 2009; lodo arbitrale Milano, 13 febbraio 2011, in *Riv. arb.*, III, 2012, 660). A questo orientamento aderisce anche il collegio nella controversia in esame

li dove, nella motivazione, afferma che «è richiesta una specifica previsione in difetto della quale non può sostenersi alcuna implicita o automatica inclusione nelle controversie compromesse in arbitrato anche di quelle promosse da o contro gli organi sociali». Nel caso di specie, quindi, l'interpretazione della clausola contenuta nello statuto sociale consentirebbe di pervenire ad un risultato interpretativo univoco nel senso dell'esclusione delle controversie coinvolgenti gli organi sociali. Il senso letterale delle parole «tutte le controversie aventi ad oggetto diritti disponibili relativi al contratto sociale», a parere del collegio arbitrale, vincolerebbe l'interprete non consentendo l'estensione applicativa della regola compromissoria alle controversie che coinvolgono l'amministratore della società.

A tal proposito si può ipotizzare un ragionamento diverso secondo cui, sebbene il collegio affermi che dalla lettura (e, quindi, dalla lettera) della clausola compromissoria contenuta nello statuto della ricorrente non si rinviene alcun riferimento alla deferibilità delle controversie che coinvolgono gli organi sociali, tuttavia, in base all'art. 1362 c.c., l'interpretazione del contratto non deve avvenire soltanto in base al dato letterale ma deve tenere conto anche della comune intenzioni delle parti. Su questa base, in via di ipotesi, ancorché del tutto isolata, si può far leva sul fatto che la clausola statutaria qui considerata è formulata nel modo più ampio possibile, in modo tale da farvi rientrare ogni controversia, purché riguardi diritti disponibili (come vuole l'art. 34, quarto comma, d.lgs 5/2003). Ne potrebbe derivare, quindi, per conseguenza la possibilità di ricomprendere nell'ambito regolatorio della clausola anche le controversie relative alla responsabilità degli amministratori, tanto più che nel tenore letterale della medesima non si rinviene alcun riferimento specifico ai soci, alla società piuttosto che agli organi sociali.

(2) La massima in commento affronta il tema della compromettibilità in arbitrato dell'impugnazione delle delibere assembleari. Compromettibilità che si ritiene possibile lì dove si controverta su posizioni giuridiche soggettive individuali che, come tali, sono certamente disponibili da parte dei rispettivi titolari.

Il principium iuris in esame, quindi, consente di trattare sia il tema, generale, del confine che separa i casi di controversie societarie devolvibili in arbitri da quelli che non lo sono e sia quello, particolare, relativo alla deferibilità delle impugnazioni delle delibere assembleari. Da un punto di vista normativo, il legislatore ha previsto che il criterio per valutare la compromettibilità in arbitrato delle controversie societarie è la disponibilità dei diritti (art. 34, primo comma, d.lgs 5/2003).

Per individuare e distinguere i casi in cui si tratta di posizioni giuridiche disponibili piuttosto che il contrario sono state proposte diverse soluzioni che, tra l'altro, sono state elaborate principalmente in ambito di controversie aventi ad oggetto proprio impugnazioni di delibere assembleari.

Già prima della riforma dell'arbitrato societario, tuttavia, una prima strada, relativa al tema generale del limite alla compromettibilità in arbitri delle controversie societarie, era stata tracciata dalla Corte di cassazione che, con la sentenza 24 maggio 1965, n. 999, in

Giust. civ., I, 1965, 1575, molto seguita dalla successiva giurisprudenza sia di legittimità (cfr. Cass., 23 gennaio 2004, n. 1148, in *Giust. civ. massimario*, 2004, 1 ed in *Società*, 2004, 713; Cass., 19 settembre 2000, n. 12412, in *Giust. civ. massimario*, 2000, 1957; Cass., 30 marzo 1998, n. 3322, in *Giust. civ. massimario*, 1998, 692) e sia di merito (cfr. app. Firenze, 31 gennaio 2001, in *Riv. arb.*, 2002, 315; trib. Milano, 12 gennaio 2010, in *Giur. comm.*, 6, II, 2011, 1433.; trib. Catanzaro, 20 maggio 2009, in *Giurisprudenza di merito*, IV, 2010, 1006; trib. Bari, 28 dicembre 2007, in *Merito*, III, 2008, 42), affermava che sono deferibili le controversie che riguardano posizioni individuali dei soci o che sono sollevate a tutela del loro proprio interesse personale. Viceversa, per le controversie che concernono interessi della società oppure la violazione di norme poste a tutela di interessi collettivi si sosteneva la necessità di dover ricorrere alla giustizia ordinaria. Per quel che concerne, poi, il tema particolare della deferibilità delle delibere assembleari, la Suprema corte, nella stessa sentenza del 1965 n. 999 sopra richiamata, specificava inoltre che sarebbero state, quindi, di competenza dei giudici ordinari le controversie afferenti diritti indisponibili, mentre quelle che avrebbero coinvolto unicamente diritti disponibili dei soci sarebbero potute essere oggetto di pronuncia arbitrale.

Dopo l'introduzione dell'arbitrato societario nel 2003 (con cui si sono delineati espressamente i confini entro cui, in generale, è deferibile in arbitrato una controversia tra i soci e tra i soci e la società), relativamente allo specifico tema dell'impugnazione delle delibere assembleari, dottrina e giurisprudenza hanno continuato a studiare le soluzioni per distinguere i casi in cui è possibile devolvere la risoluzione di tali controversie ad arbitri ed i casi in cui, invece, è necessario il ricorso all'autorità giudiziaria su basi normative parzialmente diverse.

Un primo orientamento è individuabile nella linea interpretativa seguita dal collegio arbitrale del caso qui commentato. In particolare, parte della giurisprudenza (cfr. trib. Firenze, 15 settembre 2011, in *Foro padano*, I, 2012, 624; trib. Milano, 22 febbraio 2011, in *Foro padano*, I, 506; trib. Napoli, 8 marzo 2010, in *Redazione Giuffrè*, 2010; trib. Belluno, 8 maggio 2008, in *Giurisprudenza di merito*, 2008, 2252) afferma che, con le disposizioni contenute negli artt. 35 e 36 d.lgs. 5/2003, si è inteso devolvere alla competenza degli arbitri le controversie attinenti alla validità delle delibere assembleari senza distinguere tra quelle affette da vizi sanzionati con la nullità (prevista per i casi di violazione di diritti indisponibili, tutelati da norme inderogabili) e quelle invalide per annullabilità (prevista, invece, per i casi di violazione di diritti disponibili, tutelati da disposizioni derogabili). In proposito e, facendo un ragionamento di sintesi, si sostiene che il diritto di impugnare una delibera assembleare (indipendentemente dalla natura, derogabile o inderogabile, delle norme di cui si lamenta la violazione) costituisce un diritto disponibile, essendo pacifica la facoltà del socio di rinunciare agli atti e all'azione anche dopo aver proposto l'impugnazione, e comunque di transigere la relativa controversia.

Una diversa direttiva esegetica che sembrerebbe prevalente ritiene che il criterio discrezionale per individuare le delibere impugnabili in arbitrato possa essere identificato nell'oggetto della delibera impugnata per cui, in linea generale, non possono formare

oggetto di compromesso quelle che riguardano interessi della società o che concernono la violazione di norme inderogabili (cfr. Cass., 30 dicembre 2011, in *Giust. civ. massimario*, 2011, 1919; Cass., 23 febbraio 2005, n. 3772, in *Riv. arb.*, II, 2006, 297). Per giungere a tale risultato interpretativo, i sostenitori di tale orientamento (cfr. trib. Novara, 20 aprile 2010, in *Redazione* Giuffrè, 2010; trib. Catanzaro, 20 maggio 2009, cit., nota 6; trib. Prato, 19 marzo 2009, in *Riv. arb.*, II, 2009, 323; trib. Pescara, 10 marzo 2008, in *Giurisprudenza di merito*, 2008, 2251; trib. Napoli, 25 ottobre 2006, in *Giur. it.*, VI, 2007, 1445) si basano sulla reazione dell'ordinamento rispetto ai vizi contenuti nelle delibere impugnate. In tal modo, potranno essere deferite in arbitri le controversie riguardanti l'impugnazione di delibere contenenti vizi che comportano l'annullabilità della stessa mentre si dovrà ricorrere necessariamente all'autorità giudiziaria nel caso di delibere nulle. La nullità, infatti, è proprio il rimedio generalmente previsto per i casi di violazione di norme imperative (e come tali, appunto, inderogabili) che tutelano interessi e posizioni di superiore importanza per l'ordinamento e che, quindi, sono indisponibili.

Sempre nell'alveo di questo orientamento, tuttavia, ci sono stati anche casi in cui gli interpreti, pur mantenendo come base la dicotomia tra annullabilità e nullità per individuare i limiti dell'impugnabilità delle delibere assembleari ricorrendo all'arbitrato societario, hanno proposto soluzioni ancora più specifiche. Ci si riferisce, in particolare, a due pronunce del tribunale di Napoli: la prima è la sentenza del 2 maggio 2003, in *Giurisprudenza di merito*, 2003, 2428; la seconda quella del 9 giugno 2010, in *Giur. Comm.*, II, 2012, 220. Nella prima pronuncia testé citata, il tribunale di Napoli ha ritenuto che, nel caso di delibere assembleari annullabili, è necessario distinguere la natura dei vizi lamentati. In particolare, esso ha affermato che, nei casi di vizi di merito, potrebbero entrare in gioco anche interessi esclusivamente privati i quali, essendo disponibili, consentirebbero la devoluzione della controversia in arbitrato; viceversa, nei casi di vizi di rito sarebbero coinvolti necessariamente interessi pubblici (ad esempio quello relativo al regolare svolgimento dell'assemblea) che, essendo indisponibili, necessiterebbero di essere trattati dinanzi al giudice ordinario. Nella pronuncia del 9 giugno 2010, invece, il tribunale di Napoli, partendo dalla nuova configurazione delle nullità delle delibere assembleari (nel caso di specie di s.p.a., ex art. 2377 c.c.), ha affermato che non è più possibile ritenere, automaticamente, che le ipotesi di nullità identifichino tutte fattispecie in cui vengono in considerazione interessi indisponibili. In particolare è stato rilevato che il legislatore della riforma, per quanto concerne la nullità delle delibere assembleari, ha introdotto un sistema non unitario prevedendo ipotesi di nullità sanabili (art. 2379 *bis* c.c.), ipotesi di nullità insanabili ma impugnabili entro il termine di tre anni (art. 2379, - prima parte del - primo comma, c.c.) e, infine, ipotesi di nullità insanabili ed imprescrittibili (art. 2379, - ultima parte del - primo comma, c.c.). Posta tale classificazione, il tribunale ha sancito che soltanto le ipotesi di nullità costruite dal legislatore come assolutamente insanabili ed imprescrittibili salvaguardino interessi indisponibili non consentendo, quindi, la compromettibilità delle relative controversie.

(3) Il principium iuris che qui si annota riguarda l'interpretazione dell'art. 2482 ter c.c.. Esso afferma che, se a causa di una perdita di oltre un terzo del capitale questo scende al disotto del minimo legale, gli amministratori devono convocare senza indugio l'assemblea, la quale dovrà deliberare la riduzione del capitale (ovvero l'azzeramento in caso di perdite ad esso superiori) ed il suo contemporaneo aumento ad un valore almeno pari al minimo legale.

Il caso da cui è tratta la massima rivela che i ricorrenti avevano chiesto al collegio di accertare e dichiarare l'invalidità della delibera con cui i resistenti avevano deciso l'aumento di capitale in violazione di tale procedimento. In particolare, i resistenti avevano deliberato direttamente l'aumento del capitale sociale, senza prima ridurlo in misura proporzionale alle perdite subite. Il collegio arbitrale del caso de quo, tuttavia, ha ritenuto che il modus procedendi dei resistenti era stato, comunque, in linea con la ratio legis dell'art. 2482 ter c.c. il quale, essenzialmente, mirerebbe a riportare la società ad una situazione fisiologica da un punto di vista di entità del capitale.

La questione che la massima in commento solleva consiste, dunque, nel tentare di comprendere se lo schema procedimentale previsto dall'art. 2482 ter c.c. è derogabile.

Il collegio arbitrale sembrerebbe seguire il sentiero tracciato da una massima del Consiglio notarile di Milano (cons. notarile Milano, 18 ottobre 2011, massima n. 122, in www.consiglionotarilemilano.it) secondo cui è legittima la deliberazione di aumento del capitale senza una sua preventiva riduzione, qualunque sia l'entità delle perdite, a condizione che l'aumento sia tale da ricondurre le perdite entro il terzo del capitale.

In sede argomentativa, i notai milanesi osservano, preliminarmente, che il testo dell'art. 2482 ter c.c. non pone un obbligo inderogabile di preventiva riduzione del capitale se non quando le perdite superiori al terzo accertate in bilancio siano ancora tali nel momento in cui l'assemblea è chiamata a deliberare. Nel caso in cui, invece, una più aggiornata situazione patrimoniale accertasse la riduzione delle perdite entro il terzo del capitale oppure, ancora meglio, l'azzeramento dei risultati gestori negativi, non può essere imposta alcuna riduzione del capitale. A voler considerare corretto il contrario, infatti, non si spiegherebbe la disparità di trattamento tra le società che registrano sempre e stabilmente perdite entro il terzo o che, dopo aver sfiorato la soglia, vi rientrano prima della chiusura dell'esercizio successivo e le società che, invece, dopo aver sfiorato la soglia, rientrano nella stessa dopo la chiusura dell'esercizio successivo ma comunque prima che si configuri l'obbligo di riduzione oppure prima che quell'obbligo venga eseguito con l'adozione di un'apposita delibera assembleare.

Posta la questione in questi termini, quindi, secondo il Consiglio notarile di Milano, non vi sarebbe alcuna lesione di interessi protetti dall'ordinamento dato che, da un punto di vista funzionale, sussisterebbe una sostanziale equivalenza tra l'intervento sul capitale sociale secondo le modalità espressamente previste dalla legge, ossia riduzione e successivo aumento, e l'operazione di aumento senza preventiva riduzione (posto che l'unica finalità del legislatore è quella di mantenere un adeguato rapporto proporzionale tra capitale e perdite).

Una volta ritenuto dimostrato che, con l'aumento diretto del capitale sociale in caso di perdite qualificate nei limiti prima indicati, non si lede alcun interesse tutelato dall'ordinamento, i notai milanesi proseguono l'indagine sull'eventuale presenza di interessi meritevoli di tutela che possono essere soddisfatti dalla modalità alternativa di ricapitalizzazione proposta. Sul tema, essi affermano che l'interesse meritevole di tutela è ravvisabile, nel caso de quo, nella prosecuzione (o sopravvivenza) della società. In particolare, infatti, la possibilità di procedere direttamente all'aumento del capitale sociale amplierebbe e potenzierebbe le probabilità di reperire nuove risorse utili per la società in quanto, da un lato, si consente la conservazione della partecipazione dei vecchi soci e, dall'altro, si incentivano i nuovi potenziali investitori. Ciò in quanto non sempre l'obbligo di effettuare la preventiva riduzione del capitale a copertura delle perdite consente di far accordare la vecchia compagine sociale con i nuovi investitori, soprattutto qualora vi siano valori aziendali ulteriori rispetto a quelli rappresentati dal bilancio. In tali casi, infatti, i vecchi soci non sarebbero facilmente disposti a votare l'annullamento delle loro partecipazioni, se non a fronte di complesse ed inefficienti manovre di ricalcolo e redistribuzione del capitale sociale risultante dall'operazione.

L'orientamento proposto dal consiglio dei notai di Milano appena riportato e seguito dal collegio arbitrale nel caso da cui è tratto il principium iuris in commento, tuttavia, non ha avuto ampia eco in giurisprudenza (cfr., ex multis, Cass., 12 luglio 2007, n. 15614, in *Riv. not.*, IV, 2008, 901; Cass., 6 novembre 1999, n. 12347, cit.; trib. Milano, 14 febbraio 2005, in *Giur. It.*, 2005, 1656; trib. Napoli, 7 luglio 2000, in *Notariato*, 2000, 562) ove, viceversa, sembra ancora prevalere, in modo consolidato, quello che considera necessario ed inderogabile il procedimento a doppia delibera. E tale impostazione sembrerebbe essere preferibile per le ragioni che si provano ad esplicitare qui di seguito, posto che comunque nel caso de quo il principio notarile milanese prima esposto apparirebbe fuori traccia rispetto ai fatti delineati nella vicenda.

L'interpretazione di una norma, in base all'art. 12 delle "preleggi" del codice civile, è corretta solo se si riescono a cogliere sia il suo significato letterale e sia l'intenzione del legislatore. Nel caso di specie la norma oggetto di attenzione è, come detto, l'art. 2482 ter c.c., che prevede esattamente una procedimentalizzazione articolata in tre fasi: convocazione senza indugio dell'assemblea da parte degli amministratori; delibera assembleare di riduzione del capitale; delibera assembleare di aumento del capitale ad un valore almeno pari al minimo legale. L'interpretazione del dato letterale non è, quindi, equivocabile. Passando poi al secondo elemento di cui si compone l'interpretazione della norma (cioè la voluntas legis), si potrebbe affermare che il legislatore abbia voluto elaborare un procedimento attraverso cui la società, alla fine, possa essere nuovamente dotata di un capitale sociale idoneo ad operare sul mercato. Per giungere a tale risultato, tuttavia, sembrerebbe inderogabile il doppio passaggio (riduzione e poi aumento) in quanto, come la giurisprudenza non ha mancato di far rilevare, le due delibere previste dalla norma sono ontologicamente e cronologicamente distinte ed autonome fra loro, pur mantenendo un inscindibile legame sotto il profilo della subordinazione che provoca la conseguenza che l'eventuale dichiarazione di nullità

della prima (cioè quella afferente alla riduzione del capitale) riverbera necessariamente i suoi effetti sulla seconda (cioè quella di ricostituzione), alla luce del relativo collegamento funzionale (cfr. Cass., 6 novembre 1999, n. 12347, in *Vita not.*, 2001, 337). A far propendere verso questa soluzione, inoltre, c'è la considerazione relativa alla funzione attribuita al capitale sociale nel nostro ordinamento. Esso, infatti, svolge essenzialmente tre funzioni: di garanzia, vincolistica ed organizzativa. Il capitale svolge una funzione di garanzia generica verso i creditori sociali in quanto è la parte (monetaria) del patrimonio sociale legalmente destinata alla soddisfazione dei crediti derivanti dall'esercizio dell'attività d'impresa; svolge una funzione vincolistica dato che è la parte del patrimonio personale dei soci che essi, attraverso i conferimenti, si sono obbligati a segregare per lo svolgimento dell'attività d'impresa e che, quindi, non possono liberamente distrarre o ripartirsi per tutta la vita della società; svolge, infine, una funzione organizzativa perché è il riferimento su cui misurare i risultati economici conseguiti dalla società in un esercizio. Alla luce di quanto detto, se l'assemblea derogasse al procedimento schematizzato dall'art. 2482 ter c.c., sembrerebbe difficile che esso possa realmente servire per le funzioni appena ricordate. In particolare, se l'assemblea aumentasse direttamente il capitale sociale mostrando, quindi, solo il risultato finale dell'operazione, non si conoscerebbe fino a che punto le perdite lo avevano intaccato e, di conseguenza, non si avrebbe contezza della sua effettiva entità, sicché verrebbero meno sia la funzione di garanzia generica verso i creditori e sia quella organizzativa.

(4) La massima in commento afferma che i soci che abbiano sottoscritto l'aumento del capitale sociale deciso nell'assemblea a cui erano assenti non hanno l'interesse processuale ad impugnare la deliberazione in questione.

Per analizzare tale principio di diritto, si potrebbe iniziare a prendere in considerazione la norma che reca la disciplina dell'invalidità delle delibere assembleari nella s.r.l. ovvero l'art. 2479 ter c.c. La lettura congiunta di questa norma con quella ex art. 2378 c.c., espressamente richiamata, rende evidente che, in tema di legittimazione ad impugnare, il legislatore ha distinto il caso di delibere che contengono vizi che comportano la nullità da quello relativo a decisioni che, invece, contengono vizi che comportano l'annullabilità. Riguardo alle prime, la legittimazione spetta a chiunque vi abbia interesse. Per le seconde, invece, la legittimazione ad impugnare spetta a ciascun socio assente – come nel caso di specie – dissenziente o astenuto, oltre che ai singoli amministratori ed al collegio sindacale (ove presente).

Chiarito questo aspetto preliminare, è da dire che, come anticipato, il tema della legittimazione ad impugnare è trattato, su espresso richiamo contenuto all'art. 2479 ter, ultimo comma, c.c., anche all'art. 2378, secondo comma, c.c.. Tale norma afferma che le condizioni necessarie per considerare esistente l'interesse ad agire in capo ai soci che impugnano una delibera assembleare sono, in primo luogo, che essi abbiano questa qualità al momento dell'impugnazione e che, inoltre, la mantengano per tutta la durata del processo. Più precisamente, la norma dispone che i soci che hanno impugnato la

delibera assembleare non devono perdere il loro status a seguito di alienazione della partecipazione per atto inter vivos né a seguito di esclusione. Pertanto al di là di queste condizioni il legislatore non ne impone di altre né sembrerebbe possibile enuclearne altre di diversa natura.

Tale impostazione è argomentata in modo convincente dalla un filone giurisprudenziale importante (cfr. Cass., 7 novembre 2008, n. 26842, in *Guida al diritto*, 2008, 48; Cass., 25 marzo 2003, n. 4372, in *Giust. civ. massimario*, 2003, 596; app. Roma, 18 gennaio 2000, in *Archivio civile*, 2001, 889). Dette pronunce partono da un principio pacifico, quello, cioè, che le condizioni dell'azione devono persistere per tutto il corso del procedimento (fino, quindi, alla decisione della controversia). Declinando questo principio al caso di specie, si avrà che solo ed esclusivamente la perdita della qualità di socio determinerà la conseguente perdita dell'interesse ad agire, e non altri elementi di valutazione.

Alla base del principio testé richiamato vi sono, essenzialmente, due ragioni. La prima è che, in materia di annullabilità, in base al dettato degli artt. 2479 ter e 2378, secondo comma, c.c., la legittimazione all'impugnazione delle delibere assembleari è riconosciuta (oltre che agli amministratori ed agli eventuali sindaci) ai soci assenti, dissenzienti o astenuti in quanto tali, vale a dire senza bisogno di ulteriore prova relativamente alla sussistenza di un concreto interesse ad agire, essendo il medesimo implicito e connaturato nella stessa qualità di socio (cfr. Cass., 4 dicembre 1996, n. 10814, in *Foro it.*, I, 1997, 828; trib. Napoli, 14 giugno 1983, in *Giur. comm.*, II, 1984, 808.). La seconda ragione sottostante al principio della necessaria persistenza delle condizioni dell'azione per tutto il corso del procedimento, riferibile a tutti i casi di impugnazione di delibera invalida (a prescindere che si tratti di ipotesi di nullità o di annullabilità), consiste nel fatto che, con la perdita della qualità di socio nel corso del procedimento, viene meno il potere dell'attore sia di interloquire sul modo operare degli organi sociali e sia di incidere sugli effetti che la delibera impugnata ha prodotto o può, ancora, produrre nella sfera della società (cfr. Cass., 25 marzo 2003, n. 4372, cit.).

D'altronde prevedere altre ragioni o condizioni avrebbe potuto avere conseguenze interpretative non univoche, come ad esempio la volontà del socio di impugnare e al tempo stesso eseguire la delibera asseritamente viziata. Tale comportamento ove elevata a condizione di mancanza di legittimazione ad agire potrebbe rivelarsi di natura polimorfa: il socio ad esempio ritiene che ci possa essere una invalidità ma per motivi di opportunità economica decide in ogni caso di partecipare all'aumento di capitale poiché ove così non fosse evita di uscire dalla compagine sociale.

L'impostazione seguita da collegio arbitrale del caso da cui è tratta la massima che qui si annota, invece, è diversa. Gli arbitri baresi rileverebbero che esiste un rapporto di antitesi tra la prima domanda avanzata dai ricorrenti, con cui essi chiedono l'accertamento dell'invalidità della delibera assembleare, e la seconda con cui essi, invece, reclamano la «declaratoria di validità della stessa delibera in dipendenza della sottoscrizione dell'aumento di capitale sociale, con liberazione delle quote da essi sottoscritte mediante compensazione legale con i crediti vantati nei confronti della società nei limiti di quota pro capite».

In base a quanto argomentato in precedenza ed in base ad una lettura piana degli artt. 2479 ter e 2378, secondo comma, c.c., tuttavia, una simile impostazione non sembrerebbe meritare consenso. Ciò in quanto si può dedurre, in primo luogo, che nessuna norma vieta ai soci assenti di impugnare la delibera con cui è stato deciso l'aumento di capitale, pur avendolo essi, in seguito, sottoscritto; in secondo luogo che, parimenti, nulla vieta a tali soci di perseguire l'interesse, mediante la sottoscrizione dell'aumento deliberato in loro assenza, a mantenere inalterata la propria posizione nella compagine sociale qualora l'impugnazione della delibera non provocasse gli effetti sperati.

Dott. Nicola Monfredi