



TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO

OTTAVA SEZIONE CIVILE

VERBALE DEL PROCEDIMENTO DI RECLAMO n. r.g. **15897/2012**

tra

ZAGLIANI SPA DAL 1947

RECLAMANTE

e

M&M HOLDING SRL

RECLAMATA

Oggi **29 marzo 2012** alle ore **10.20**, innanzi al Tribunale in composizione collegiale nelle persone dei seguenti magistrati:

dott. ELENA RIVA CRUGNOLA

Presidente relatore

dott. MARIANNA GALIOTO

Giudice

dott. ANGELO MAMBRIANI

Giudice

sono comparsi per la reclamante l'avv. SANZO e per la reclamata l'avv. CERESI e l'avv. BACCARINI nonché personalmente i signori MARIO ORIETTI e MAURO ORIETTI CARELLI.

E' altresì presente ai fini della pratica forense la dott. SARAH ARBIB.

Le difese illustrano le rispettive conclusioni, l'avv. SANZO in particolare ribadendo le questioni in tema di legittimazione passiva, evidenziate testualmente anche nel provvedimento reclamato a pag.2 penultimo capoverso, l'avv. CERESI ribadendo che il comportamento di regolazione dell'assemblea è imputabile direttamente alla società, legittimata quindi passivamente rispetto al presente procedimento cautelare.

il Tribunale

si riserva di provvedere sul reclamo.

Il Presidente

Elena Riva Crugnola

Successivamente, a scioglimento della riserva di cui al verbale che precede,

il Tribunale, come sopra composto,

OSSERVA

Il reclamo in esame riguarda il **provvedimento emesso dal g.d. il 20.2.2012**, del seguente tenore:

"Il ricorso cautelare oggi trattato presenta due differenti problematiche rilevanti, una sostanziale ed una processuale: il profilo sostanziale è quello del valore di una clausola statutaria che prevede il voto di lista per la nomina del consiglio di amministrazione e " in mancanza di liste" la nomina con le maggioranze di legge, il secondo profilo è di ordine processuale ed attiene alla possibilità del socio di richiedere - per il giudice di emettere - un provvedimento cautelare atipico che disponga come debba svolgersi l'assemblea, prima del suo svolgimento.

IL VOTO DI LISTA

Nella società di cui trattasi è presente una netta contrapposizione fra due parti, una, di minoranza, che fa capo alle persone che hanno gestito la attività sociale nel campo manifatturiero, l'altra, oggi di maggioranza, di investitori che sono entrati in questa attività apportandovi capitali e che possiedono altre attività, nel mondo, attive anch'esse nella moda e nella manifattura di prodotti di abbigliamento. Non vi è pace tra le due parti, nonostante gli accordi presi al momento dell'ingresso dei nuovi soci, tra i quali un patto parasociale un nuovo modello di statuto.

Lo statuto alla clausola 10.4 prevede che

“all'elezione degli amministratori si procede come segue:

a) dalla lista che ha ottenuto il maggior numero di voti -lista di maggioranza- viene tratto, in base all'ordine progressivo con il quale sono elencati nella lista medesima, un numero di consiglieri pari al numero totale dei componenti del consiglio di amministrazione meno due; dalla lista che ha ottenuto il secondo numero di voti -lista di minoranza- che non sia collegata in nessun modo, neppure indirettamente, con i soci che hanno presentato o votato la lista di maggioranza vengono tratti due consiglieri. In caso di parità di voti, si procede a nuova votazione da parte dell'assemblea, mettendo ai voti solo le liste che hanno ottenuto parità di voti”.

Manca una lettera b) di questa previsione, nello statuto, ma la successiva clausola 10.5 prevede che:

“in mancanza di liste il consiglio viene nominato con le maggioranze di legge”.

Il voto di lista è chiaramente una previsione indirizzata a garantire che anche le minoranze siano rappresentate nel consiglio di amministrazione è dunque una norma programmatica di garanzia, specificamente voluta dalle parti nel momento in cui al socio tradizionale si è affiancato un socio di maggioranza, che portava nuovo capitale.

Il 24 marzo 2011 c'è stata una prima delibera di nomina del consiglio di amministrazione nella quale il socio di maggioranza non ha presentato una propria lista e l'assemblea ha proceduto alle nomine nel modo ordinario, senza nominare dunque alcun consigliere di minoranza, secondo il principio per cui “la maggioranza prende tutto”. La impugnazione di quella delibera, cui era accompagnata istanza di sospensiva, è stata abbandonata, nella fase cautelare, essendo quella delibera poi stata sostituita con altra assunta il 18 ottobre 2011. Anche in questa seconda assemblea non si era proceduto con voto di lista poiché il socio di maggioranza non aveva presentato una sua lista, tuttavia in quella occasione erano stati nominati due consiglieri voluti dal custode giudiziario delle azioni del socio di minoranza, azioni nelle more sottoposte a sequestro giudiziario, poi revocato in sede di reclamo.

Risulta pertanto piuttosto chiaro che la maggioranza attraverso la mancata presentazione della sua lista intende far costante riferimento alla norma alla clausola 10.5 dello statuto, che rimanda al sistema di legge, che meno garantisce il minore rispetto al meccanismo di cui alla clausola 10.4.

In effetti nelle sue difese la parte resistente, cioè il socio di maggioranza, mostra di ritenere legittimo questo comportamento e dunque di ritenere sostanzialmente nella sua disponibilità con l'omissione della sua lista, la garanzia della minoranza sul voto di lista.

Poiché il contratto, con tutte le sue clausole, deve essere interpretato nel senso in cui può avere qualche effetto, secondo il principio di conservazione di cui all'articolo 1367 del codice e comunque secondo buona fede, questa interpretazione della maggioranza che amplifica i suoi stessi poteri sul consiglio di amministrazione, non può essere ritenuta legittima.

Infatti se fosse lasciata all'una ovvero all'altra parte la completa discrezionalità di presentare o meno liste, sarebbe anche lasciato all'arbitrio dell'una o dell'altra il meccanismo di garanzia che, se garanzia deve essere, non può essere lasciato alla

discrezione di una parte soltanto, non può essere una previsione subordinata ad un "*si volueram*", che equivarrebbe a togliere significato alla clausola.

In altre parole se la discrezionalità del socio in ordine alla presentazione delle liste fosse così totale, la previsione non avrebbe alcun senso, mentre una lettura più cogente dell'obbligo di presentare e di eseguire così secondo buona fede il contratto sociale, attribuisce alla previsione statutaria sulle liste il suo senso proprio, che tradizionalmente viene individuata dalla dottrina commercialistica nella garanzia della rappresentanza delle minoranze nel consiglio di amministrazione.

In effetti se ben si guarda il contenuto letterale della clausola di 10.5 si nota che la norma parla di mancanza di "liste", non della pluralità di liste, il che significa che per la vigenza della disciplina codicistica non deve essere presentata alcuna lista e cioè i soci devono sostanzialmente aver raggiunto un accordo per la deroga al sistema di garanzia, non presentando essi alcuna lista, ovvero non esser possibile alcuna lista.

La norma va letta come norma di chiusura per il caso che non sia possibile presentare liste, dal momento che lo statuto al punto 10.3 dice che le liste possono essere presentate da soci, anche riuniti, che possiedano almeno il 20% del capitale, il che in una parcellizzazione delle partecipazioni potrebbe accadere, ma non è il caso di specie ove siamo al 53 contro 47 %, con due sole fazioni.

Il dovere di esecuzione del contratto secondo buona impone dunque che quel socio che abbia la possibilità di presentare la lista debba farlo, anche al fine di consentire la rappresentanza dei soci di minoranza nel consiglio di amministrazione.

Qualora poi vi sia una sola lista, con la possibilità di altri soci di presentare una propria lista, ma se ne astengano, è da vedere se debba venir meno il meccanismo di votazione ovvero se tale comportamento debba leggersi come una rinuncia ad essere rappresentati in consiglio di amministrazione, omettendo una parte necessaria del procedimento di nomina, e dunque debba ammettersi la sola scelta di consiglieri nella lista presentata.

Tuttavia questo ulteriore punto è estraneo alla materia dell' odierno contendere, che è ristretta alla inibitoria circa il comportamento tenuto dalla parte resistente nelle ultime due assemblee, di non presentare una propria lista al fine ritenuto di frustrare il meccanismo di garanzia della minoranza.

Secondo quanto detto è chiaro che sussiste il *fumus boni iuris* del provvedimento richiesto, secondo la lettura corretta da darsi allo statuto, a nulla rilevando le previsioni del patto parasociale, comunque non configgenti, proprio perché lo statuto prevale su queste ultime.

LEGITTIMITA' DI PROVVEDIMENTO CAUTELARE SULLO SVOLGIMENTO DI FUTURA ASSEMBLEA

La parte resistente ritiene che sia inammissibile il provvedimento atipico richiesto ex articolo 700 c.p.c. per la previsione di un provvedimento tipico coincidente previsto dall'articolo 2378 terzo comma c.c., vale a dire la sospensione della delibera assembleare. Su questo punto deve osservarsi che si tratta di casi assolutamente diversi, posto che la sospensione della delibera da chiedersi in corso di causa presuppone che la delibera sia stata adottata, mentre il provvedimento cautelare richiesto dalla parte ricorrente riguarda il futuro svolgimento dell'assemblea, ormai prossima alla convocazione per le dimissioni di due consiglieri, nominati su istanza del cessato custode delle azioni, ed in presenza di una clausola *simul stabant simul cadent*, per cui si determinerà la decadenza dell'intero consiglio di amministrazione.

La parte resistente ancora obietta che proprio per la mancanza di una delibera impugnata non sussista la violazione attuale di un diritto, avverso la quale possa rivolgersi il provvedimento richiesto.

Anche questa obiezione non coglie nel segno: si tratta di provvedimento cautelare, che, in quanto tale, non ha per presupposto la violazione di un diritto, e in effetti si prescinde

dall'essersi verificato un danno, ma importa solo la possibilità che questo danno si verifichi. E se è vero che il provvedimento cautelare è previsto a tutela dell'esercizio di diritti, deve rilevarsi anche come esso prescinda dall'esistenza attuale di questi diritti, potendo essere disposto anche in relazione a pronunce costitutive, quali le previsioni in sede di contratto cautelare e in vista di sentenza costitutiva ex art. 2932 cc. ; inoltre vi sono provvedimenti cautelari tipici, quali la descrizione del diritto industriale ovvero la revoca dell'amministratore nel diritto commerciale, che non hanno per presupposto la lesione già avvenuta di diritti, ma soltanto una tutela, nell'esistenza di un pericolo, avverso il verificarsi di lesioni future.

È del resto connaturato al provvedimento cautelare di non intervenire (soltanto) quando un diritto sia stato leso, ma proprio per evitare *ex ante* che la lesione si verifichi.

E nel caso di specie il comportamento tenuto in due assemblee rende evidente il pericolo di un imminente analogo comportamento in occasione della prossima assemblea.

Del resto sostenere che sia necessario attendere che il comportamento lesivo sia posto in essere per potervi in qualche modo reagire significa andare contro i principi autorevolmente posti dalla Corte Costituzionale nella sentenza 253 del 1994 –principi già affermati in precedenza nella sentenza 190 del 1985– laddove si stabilisce che la parità delle parti non può e non deve essere alterata dal tempo necessario a far valere il diritto, per cui tutte le situazioni “ giustiziabili ” *ex post* devono godere di una tutela interinale volta a evitare che la durata del processo possa andare a danno di chi abbia ragione. In tal senso la disquisizione circa la esistenza di un diritto al momento in cui questa tutela interinale viene disposta è priva di rilevanza, dovendosi giudicare solo della esistenza di un pericolo.

Deve anche mostrarsi come nel caso di impugnazione di delibera assembleare sia previsto che il ricorso per la sospensione cautelare possa essere presentato unicamente in corso di causa, il che comporta la redazione di atti piuttosto delicati e che per il processo di merito hanno una valenza decisiva, ragion per cui la reazione *ex post* risulta nel caso di specie necessariamente piuttosto lenta, il che ancora di più evidenzia la correttezza della soluzione di sostenuta circa la possibilità di un ricorso *ex ante* che in via cautelare tuteli circa lo svolgimento della futura assemblea.

In definitiva deve ammettersi la possibilità di ricorrere al giudice in via cautelare atipica per ottenere una pronuncia circa la legittimità del comportamento da tenersi in assemblea, quando vi siano, ovviamente, fondati motivi per ritenere che una illegittimità verrà compiuta.

Infine una considerazione merita la obiezione di parte resistente per cui il procedimento cautelare sarebbe male diretto verso la società, riferendosi ad un comportamento che dovrebbe tenere il socio: in realtà si tratta di una richiesta cautelare posta alla società e ai suoi organi e cioè anche all'assemblea e al presidente dell'assemblea, circa il modo in cui deve far svolgere i lavori per la nomina del consiglio di amministrazione. Bene dunque il ricorso è stato rivolto nei confronti della società.

Vero è che l'altro socio potrebbe essere contro interessato, ma ciò può valere a legittimare l'eventuale suo intervento, che non è avvenuto, non già a sostenere la carenza di legittimazione passiva della sola società.

Riassumendo:

1 - il comportamento assembleare della maggioranza che non presenti una propria lista al fine di impedire il meccanismo del voto di lista e la rappresentanza in consiglio di amministrazione della minoranza deve essere ritenuto contrario al principio di esecuzione del contratto secondo buona e all'interpretazione conservativa del contratto di cui trattasi

2 - va ammessa la cautela atipica circa il comportamento da tenersi in assemblea

3 - i due precedenti comportamenti della maggioranza e l'imminenza di una assemblea per la nomina alle cariche sociali concretizzano lo stato pericolo per il ripetersi del comportamento legittimo

4 - sussiste un pericolo di danno, nel caso concreto, per il socio di minoranza che oltre a dover reagire ad una delibera analoga alle due precedenti, che già costituisce danno, debba comunque sopportare internamente un consiglio di amministrazione illegittimamente nominato, durante il periodo necessario alla sospensione cautelare, che nel caso necessariamente deve essere disposta in corso di causa, dunque tale periodo potrebbe non essere brevissimo, ma di alcune settimane, o forse mesi, imponendosi diversamente una citazione redatta frettolosamente

5 - in ogni caso vale anche in questo caso il principio posto dall'articolo 2378 cc al comma quattro per cui in materia societaria nel valutare i presupposti di un provvedimento cautelare di sospensione deve compararsi il pregiudizio del ricorrente e quello della società: or bene nel caso di specie la società deve ritenersi disinteressata rispetto a chi la amministra, non così il socio, che ha invece grande interesse ad intuire e controllare la gestione sociale tramite gli amministratori di minoranza che andrà a nominare con il meccanismo delle liste.

Le spese vanno liquidate come da dispositivo trattandosi di cautelare anticipatorio, passibile di mantenere i suoi effetti anche in carenza di azione di merito.

PQM

Visto l'art. 700 cpc

inibisce alla società ZAGLIANI SPA dal 1947 di procedere nell'assemblea alla nomina delle cariche sociali senza il meccanismo delle liste di cui all'art. 10.4 dello Statuto per il fatto che un socio, potendo presentarle, non abbia provveduto a farlo, quando altri soci abbiano provveduto a depositare liste.

Condanna Zagliani spa dal 1947 a rimborsare le spese di lite a M&M holding , spese che si liquidano in assenza di notula in euro 1300,00 per diritti ed euro 5.000,00 per onorari."

La spa ZAGLIANI DAL 1947 ha interposto **reclamo**, lamentando:

1. l'erroneità del ragionamento del g.d. quanto alla ammissibilità nel caso di specie della tutela cautelare innominata e residuale ex art.700 cpc, pur in presenza del rimedio tipico ex art.2378 cc e pur in una situazione di "*materiale inesistenza dell'oggetto della cautela invocata*" (cfr. pagg. 5 a 8 del reclamo);
2. la contraddittorietà della motivazione dell'ordinanza reclamata quanto alla legittimazione passiva della società, dalla stessa motivazione emergendo quale destinatario del provvedimento non la società ma la socia di maggioranza (cfr. pagg. 8 a 11 del reclamo);

ribadendo -poi per *relationem* alle difese della prima fase cautelare- le prospettazioni relative al "*merito della vicenda controversa*",

3. sia in termini di carezza del periculum per non essersi in realtà ancora realizzato al momento della richiesta cautelare alcun comportamento assembleare in contrasto con gli interessi della ricorrente ed, anzi, per essere poi stata adottata il 22.2.2012 una deliberazione conforme a quanto rivendicato dalla socia di minoranza (cfr. pagg. 11/12 del reclamo),
4. sia in termini di carezza del fumus, per essere la pretesa regola generale di cui allo Statuto smentita dal coevo patto parasociale (cfr. pagg.12/13 del reclamo).

Reputa il Tribunale che **il reclamo non possa essere accolto**, nessuno dei motivi di censura apparendo idoneo a smentire l'ampia e condivisibile motivazione del provvedimento reclamato.

Al riguardo va infatti osservato:

- quanto al fumus di fondatezza della interpretazione della clausola statutaria prospettata dalla socia di minoranza, che la articolata motivazione del primo giudice risulta del tutto condivisibile e, del resto, neppure è stata censurata dalla reclamante,
 - la quale si è limitata a richiamare sul tema le proprie difese originarie, con particolare riferimento (vedi sopra **punto 4.**) alla pretesa prevalenza sullo statuto del coevo patto parasociale,
 - argomento questo:
 - in primo luogo di per sè inopponibile alla società delle cui delibere si tratta e del cui statuto la socia di minoranza pretende il rispetto,
 - e in secondo luogo svolto del tutto genericamente in sede di reclamo senza alcuna specifica smentita della portata della clausola statutaria come ricostruita dal primo giudice sulla scorta della complessiva lettura del testo e di una sua interpretazione secondo i canoni generali ex art.1367 cc nonchè di buona fede;

- quanto ai **punti** sopra indicati sub **1.** e sub **3.**, tra di loro connessi, che:
 - la pretesa di ricavare elementi in ordine alla insussistenza di periculum dallo svolgimento dell'assemblea del 22.2.2012 in senso conforme alle pretese della socia di minoranza risulta immediatamente smentita dalla considerazione che tale assemblea si è in realtà svolta dopo l'emanazione della pronuncia cautelare oggi reclamata, sì che, in tale sede, la presentazione di lista da parte della socia di maggioranza appare condotta adottata (non già per spontanea adesione di tale socia alla interpretazione statutaria invocata dalla socia di minoranza ma) in specifica osservanza del provvedimento reclamato, come del resto esplicitato nello stesso verbale (cfr. pag.2 del doc.1 della reclamante);
 - il carattere residuale della tutela innominata disposta dal g.d. non è stato contraddetto specificatamente dalla reclamante, che si è limitata a richiamare la norma ex art.2378 cc in tema di sospensibilità dell'esecuzione delle delibere assembleari impugnate, senza in alcun modo contraddire la esauriente motivazione del g.d. in ordine al diverso carattere ed alla diversa efficacia in termini di tutela del rimedio richiesto ed adottato e di quello previsto dal terzo comma dell'art.2378 cc;
 - anche la censura relativa alla *"materiale inesistenza dell'oggetto della cautela invocata"* non pare centrare il cuore della questione, riguardante la ammissibilità di tutela cautelare della pretesa di un socio allo svolgimento delle votazioni assembleari relative alla nomina del cda secondo la corretta lettura delle regole statutarie, e in particolare la ammissibilità di una tutela cautelare di tale pretesa (non in via di "sospensione" degli effetti della delibera assembleare che sia stata adottata in violazione di tali regole ma) in via di inibitoria di condotte assembleari illecite che si preannuncino come probabili e, dunque, in via per così dire "anticipata",
 - ammissibilità che il Tribunale, così come il g.d., ritiene debba essere affermata sulla scorta di una lettura costituzionalmente orientata del sistema, lettura nell'ambito della quale pare incongruo:
 - ridurre le possibilità di tutela cautelare -della posizione del socio che pretenda il rispetto delle regole organizzative dell'ente- alla sola tutela "sospensiva" *ex post* di cui al rimedio tipico ex art.2378 cc
 - e non consentire il ricorso alla tutela innominata ex art.700 cpc in via preventiva,
 - laddove, come nel caso di specie, le probabilità di condotte assembleari lesive della posizione del socio appaiano altamente probabili sulla scorta di plurimi

- indicatori, come la motivazione reclamata ha ampiamente illustrato, e, dunque, laddove appare del tutto conforme al sistema di tutela dei diritti ammettere iniziative cautelari volte ad evitare appunto il verificarsi stesso della lesione (e non solo iniziative cautelari dirette a elidere le conseguenze della lesione una volta verificatasi);
- quanto al **punto** sopra indicato sub **2.** che:
 - al di là delle espressioni utilizzate in taluni passaggi della motivazione del provvedimento reclamato a mo' di *sineddoche*, il g.d. ha ben evidenziato nella motivazione ¹ come la richiesta cautelare riguardi ordine da emettersi ex art.700 cpc circa lo svolgimento dei lavori assembleari e, dunque, debba essere rivolto non già nei confronti del socio di maggioranza (la cui condotta, di presentazione o meno della propria lista risulta, in definitiva, indifferente rispetto alla applicazione della clausola statutaria come ricostruita nel provvedimento reclamato) ma nei confronti degli organi sociali e in particolare del Presidente della assemblea, chiamato alla corretta applicazione dello statuto per quanto riguarda le modalità di votazione del cda e, dunque, chiamato appunto a non consentire che si proceda a tale votazione senza tener conto del meccanismo delle liste laddove anche uno solo dei soci ne abbia depositato una ²,
 - ricostruzione questa in tema di legittimazione passiva che il Tribunale ritiene pienamente condivisibile in quanto del tutto aderente al contenuto della misura cautelare richiesta e adottata.

Per i motivi fin qui esposti il reclamo va quindi rigettato, con condanna della reclamante alle **spese della fase di reclamo**, da liquidarsi, tenuto conto della natura della controversia e dell'attività svolta nonché della disposizione di cui all'art.9 terzo comma del dl n.1/2012 come convertito dalla legge n.27/2012, in euro 1.500,00 per diritti ed euro 5.000,00 per onorari, oltre rimborso forfettario spese generali, iva e cpa.

P.Q.M.

visto l'art.669terdecies cpc,
rigetta il reclamo e condanna la reclamante spa ZAGLIANI DAL 1947 alla rifusione in favore della reclamata srl M&M HOLDING delle spese processuali, che liquida in complessivi euro 6.500,00, oltre accessori di legge.
Milano, 29 marzo 2012.

Il Presidente est.
Elena Riva Crugnola

¹ Cfr. pag.3 dell'originale, in fondo: *"Infine una considerazione merita la obiezione di parte resistente per cui il procedimento cautelare sarebbe male diretto verso la società, riferendosi ad un comportamento che dovrebbe tenere il socio: in realtà si tratta di una richiesta cautelare posta alla società e ai suoi organi e cioè anche all'assemblea e al presidente dell'assemblea, circa il modo in cui deve far svolgere i lavori per la nomina del consiglio di amministrazione. Bene dunque il ricorso è stato rivolto nei confronti della società. Vero è che l'altro socio potrebbe essere contro interessato, ma ciò può valere a legittimare l'eventuale suo intervento, che non è avvenuto, non già a sostenere la carenza di legittimazione passiva della sola società."*

² Cfr. lo specifico dispositivo del provvedimento reclamato: *"Inibisce alla società ZAGLIANI SPA dal 1947 di procedere nell'assemblea alla nomina delle cariche sociali senza il meccanismo delle liste di cui all'art. 10.4 dello Statuto per il fatto che un socio, potendo presentarle, non abbia provveduto a farlo, quando altri soci abbiano provveduto a depositare liste."*