

Marco S. Spolidoro

**POTERI DI CONTROLLO DEGLI
AMMINISTRATORI "NON
DELEGATI" NELLE SOCIETÀ PER
AZIONI**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

TRIBUNALE DI MILANO — Sez. specializzata in materia di impresa (ord.) — 12 dicembre 2012 — GALIOTO *Estensore* — Massimo Angelillo (avv. S. Demuro) c. Comieco (avv. G. Lombardi), Ignazio Capuano e Carlo Maria Montalbetti (avv. S.A. Villata).

Consorzio con attività esterna - Amministrazione - Consiglio di amministrazione - Poteri individuali di controllo degli amministratori non delegati - Applicazione analogica della disciplina delle società per azioni.
(Art. 2603 c.c.; art. 2615 c.c.; art. 2381 c.c.).

Società per azioni - Amministrazione - Consiglio di amministrazione - Poteri individuali di controllo degli amministratori non delegati - Condizioni.
(Art. 2381 c.c.).

Società per azioni - Amministrazione - Consiglio di amministrazione - Poteri individuali di controllo degli amministratori non delegati - Limiti.
(Art. 2381 c.c.).

All'interno del consiglio di amministrazione di un consorzio i flussi informativi tra amministratori delegati e non delegati sono regolati in via analogica dalla corrispondente disciplina dettata per le società per azioni (1).

La richiesta di informazioni del membro non delegato del consiglio di amministrazione di società per azioni (o di altra società o di altro ente, per esempio un consorzio) deve essere rivolta agli organi delegati, affinché le informazioni siano fornite in sede consiliare e spetta al presidente curare la completezza delle informazioni all'interno del consiglio; è invece escluso il potere del consigliere non operativo di dare disposizioni direttamente al personale sulla documentazione che intende acquisire (2).

Il consigliere di amministrazione non operativo (o non delegato) di una società per azioni non ha un indiscriminato potere di ispezione e consultazione delle scritture contabili e della documentazione sociale, anche in ragione dell'intralcio che indagini meramente esplorative potrebbero recare all'ordinato svolgimento delle attività degli uffici aziendali. Infatti, la posizione di garanzia e l'obbligo di intervento del consigliere non operativo, con la conseguente attivazione dei poteri di informazione, postulano la conoscibilità di un evento nella sua portata pregiudizievole per la società e l'inerzia rispetto a iniziative volte a impedirlo. Ciò presuppone dunque che dalle informazioni a disposizione del consigliere non operativo emergano segnali di allarme in ordine a un pregiudizio per società e soci, ovvero che egli possa riscontrare carenze informative sospette o addirittura dati eloquenti di irregolarità gestorie per le quali è tenuto ad attivarsi (3).

ORDINANZA

La parte ricorrente, premesso d'essere componente del consiglio di amministrazione del consorzio COMIECO, e privo di deleghe operative, ha chiesto al Tribunale di Milano, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., di ordinare al Presidente ed al Direttore generale di COMIECO, di consegnargli, o comunque a mettergli a disposizione i documenti oggetto delle richieste già formulate con lettere in atti, concernenti informazioni sulla compagine consortile, ed informazioni inerenti all'attività amministrativa nell'anno 2011, nonché per avere chiarimenti in merito ad alcune vicende espressamente indicate, tra cui quella concernente l'aggiudicazione di materiale cellulosico da parte del Consorzio CONAPI; ha

domandato inoltre al Tribunale di indicare le modalità operative di esecuzione del provvedimento, autorizzando il ricorrente ad avvalersi di propri consulenti.

A sostegno della domanda il ricorrente ha sostanzialmente lamentato di non essere stato posto in grado di espletare il diritto-dovere di agire in modo informato, in armonia con la prescrizione legislativa in vista della preparazione del progetto di bilancio da parte del Consiglio di amministrazione, e della sottoposizione di esso all'assemblea dei consorziati.

Le parti resistenti, Presidente e Direttore generale da un lato, Consorzio COMIECO dall'altro, hanno chiesto il rigetto della domanda, deducendo d'aver inviato parte degli atti richiesti, pure a fronte dell'assenza di un diritto indiscriminato del consigliere non operativo di ottenere documentazione dall'ente; hanno inoltre segnalato che il Consiglio di amministrazione stava per approvare una delibera istitutiva di un regolamento per disciplinare l'accesso dei consiglieri alla documentazione consortile.

La decisione della controversia dipende dalla soluzione da darsi alla questione del diritto dell'amministratore non operativo alla consultazione delle scritture contabili e dei documenti relativi alla gestione sociale.

La disciplina legislativa dei consorzi è molto stringata e nulla dice sul punto. Neppure lo Statuto di COMIECO regola il profilo che qui interessa.

Ritiene pertanto il Tribunale che il solo fatto dell'avvenuta distribuzione di deleghe all'interno del Consiglio di amministrazione di COMIECO, disposta con delibera che non risulta impugnata — e che comunque non pare viziata da nullità, non potendosi ricavare dal sistema alcun divieto al riguardo — giustifichi il ricorso, in via analogica, alla disciplina della società per azioni, che prevede la regolamentazione dei flussi informativi all'interno del consiglio (artt. 2381 e 2392 c.c.).

Ciò premesso, i poteri del consigliere privo di deleghe vanno di pari passo con il profilo della sua responsabilità nei confronti della società, dei soci e dei terzi. Secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalente, la riforma del diritto societario ha inciso — restringendola — l'area della responsabilità degli amministratori privi di deleghe, poiché al dovere di vigilare sul generale andamento della gestione ha sostituito quello di „agire in modo informato“, ed ha sostanzialmente fissato il dovere di valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo amministrativo e contabile della società, e di contribuire alle scelte gestionali sulla base delle informazioni ricevute dai delegati. Si vedano in proposito i principi affermati da Cass., 10 febbraio 2009, n. 9736 [in *Fall.*, 2009, 1479 ss.]: “L'art. 2392 c.c., comma 2, quale modificato dal d.lgs. n. 6 del 2003, sancisce che gli amministratori, fermo restando quanto previsto dall'art. 2381 c.c., comma 3, sono solidalmente responsabili se, essendo al corrente di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose. Per effetto di questa disposizione è stato dunque rimosso l'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione”, sostituendolo con il dovere di ‘agire informato’, atteso il potere/dovere di ciascun amministratore di chiedere e di ottenere ‘informazioni’”.

Si è osservato che in passato la vigilanza sull'andamento della gestione implicava un monitoraggio costante della gestione sociale, che secondo una certa dottrina finiva per generare — nell'interpretazione giurisprudenziale invalsa anche in sede penale — una sorta di responsabilità oggettiva.

La nuova formulazione derivante dalla riforma del 2003 è generalmente ritenuta più aderente alla realtà concreta della composizione dei consigli di amministrazione, che vede amministratori dedicati a tempo pieno alla gestione sociale, ed altri che invece intervengono per le scelte generali strategiche e di alta amministrazione.

In linea generale l'amministratore privo di deleghe esprime le proprie determinazioni alla luce delle informazioni e delle relazioni messe a disposizione dai delegati.

L'art. 2392, comma 2 c.c. quale modificato dal d.lgs. n. 6 del 2003, sancisce che gli amministratori, fermo restando il potere di impartire direttive sul contenuto della delega e di avocare a sé operazioni rientranti nella delega, come previsto dall'art. 2381 comma 3 c.c. sono solidalmente responsabili se, essendo al corrente di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

Deriva proprio dall'introduzione di questa disposizione la rimozione dell'omnicomprensivo obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, e l'introduzione del nuovo parametro del dovere di "agire informato", con il conseguente potere-dovere di chiedere ed ottenere informazioni, spettante a ciascun amministratore, ex art. 2381 c.c. Detta norma prevede, al sesto comma, che "ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società". La richiesta va dunque rivolta agli organi delegati affinché le informazioni siano fornite in sede consiliare, e spetta al Presidente curare la completezza delle informazioni all'intero consiglio (art. 2381, comma 1, c.c.), sicché va escluso il potere del consigliere non operativo di dare disposizioni direttamente al personale sulla documentazione che intende acquisire.

Ed infatti, la dottrina maggioritaria — con indirizzo condivisibile, alla luce dell'assetto normativo scaturito dalla riforma del diritto societario — sembra escludere che il consigliere non operativo abbia un indiscriminato potere di ispezione e consultazione delle scritture contabili e della documentazione sociale, anche in ragione dell'intralcio che indagini meramente esplorative potrebbero arrecare all'ordinato svolgimento dell'attività degli uffici aziendali. Si è precisato che la posizione di garanzia e l'obbligo di intervento del consigliere non operativo postulano la conoscibilità di un evento nella sua portata pregiudizievole per la società e l'inerzia rispetto ad iniziative volte ad impedirlo.

Ciò presuppone dunque che dalle informazioni a disposizione del consigliere non operativo emergano segnali d'allarme in ordine ad un pregiudizio per società e soci, ovvero che egli possa riscontrare carenze informative sospette, o addirittura dati eloquenti di irregolarità gestorie per le quali è tenuto ad attivarsi (si consulti, sul punto, la giurisprudenza penale di legittimità, che ha avuto plurime occasioni per individuare il perimetro dei poteri e doveri dell'amministratore privo di deleghe secondo la disciplina societaria riformata: Cass., 10 febbraio 2009, n. 9736; Cass. 4 maggio 2007, n. 23838 [in *Cass. pen.*, 2008, 2983 ss.]; Cass., 5 novembre 2008, n. 45513, [in *Cass. pen.*, 2009, 3050 ss.]).

Calando dunque i predetti principi nella fattispecie per cui è causa, e dovendosi dunque escludere un diritto-dovere, in capo al consigliere non operativo, di ispezionare a tappeto la documentazione del consorzio, deve prendersi atto che la parte ricorrente, nella replica del 12 novembre 2012, ha dato conto in modo più puntuale delle motivazioni poste alla base delle richieste già formulate, che in parte vanno considerate giustificate in funzione della redazione del bilancio — e in vista dell'eventuale esercizio del correlato diritto di impugnazione, con i conseguenti riflessi in punto di *periculum* — e più in generale in vista dell'adeguato svolgimento dell'incarico di consigliere d'amministrazione, segnatamente quanto alla documentazione di supporto necessaria per la partecipazione ad alcuni gruppi di lavoro (Aste, Sud, Comunicazione).

Si allude in particolare alla documentazione che il ricorrente indica come necessaria per le determinazioni su rilevanti impegni di spesa per attività di comunicazione per circa diciotto milioni di euro; situazioni contabili a cadenza semestrale utili per il controllo sull'andamento della gestione; dati in forma aggregata sulla raccolta differen-

ziata divisa per aree territoriali per le determinazioni sulle migliori modalità di intervento; dati sui rapporti dare-avere tra COMIECO e le cartiere, onde verificare se i crediti per diciannove milioni di euro appostati in bilancio per fatture emesse siano esigibili, alla luce delle eventuali tensioni finanziarie che potrebbero desumersi dai bilanci delle cartiere medesime; dati relativi al personale; richiesta dei pareri legali in base ai quali è stato redatto lo statuto approvato il 23 aprile 2012; bozza della convenzione destinata a regolare i rapporti tra CONAI e COMIECO e la bozza di statuto tipo; dati relativi alla vicenda CONAPI in quanto attinente al funzionamento delle aste consortili, e funzionale al ruolo svolto dal consigliere nell'apposito gruppo di lavoro (v. pp. 9 ss. della memoria 12 novembre 2012).

Vi è da dire che nel corso del procedimento COMIECO ha consegnato al consigliere Angelillo gran parte della documentazione da questo richiesta, senza che vi sia stata smentita da parte del ricorrente. Vi è dunque motivo di credere che sia stata messa a disposizione del ricorrente medesimo anche la documentazione menzionata nella memoria 19 novembre 2012 di COMIECO. Il Tribunale reputa che la condotta dei resistenti assunta nel corso del procedimento sia in sintonia con i diritti di informazione del ricorrente (pp. 9 s. della memoria 19 novembre 2012). Sembra infatti rispondente alle esigenze informative denunciate in ricorso, la comunicazione dei dati sui dipendenti in forma aggregata, strumentale alla prospettata valutazione del rispetto degli adempimenti ex art. 2087 c.c. e dei criteri di assegnazione dei premi, non apparendo a tal fine necessario conoscere i nominativi dei componenti della forza lavoro.

Neppure sembra essenziale in vista di una debita informazione sui crediti in sofferenza, avere piena comunicazione dei rapporti di dare-avere tra consorzio e tutte le cartiere essendo invece sufficiente, come prescritto dal protocollo approvato dal c.d.a., dare l'indicazione delle sole posizioni di morosità superiori a quarantacinque giorni, e posto che nella corrispondenza in atti lo stesso sig. Angelillo ha prospettato rischi di tensione finanziaria solo per alcune cartiere.

Il protocollo adottato in corso del procedimento — va ribadito — appare adeguato a consentire una pertinente informazione in vista dell'adempimento dei diritti e doveri del consigliere delegato, così come da questo rappresentati in ricorso e nella memoria di replica. Una volta ottenuta tale documentazione, il ricorrente ben potrà avvalersi di un consulente di sua fiducia. Il ricorso va dunque rigettato alla luce degli eventi sopravvenuti, assorbite tutte le altre questioni poste dalle parti.

Le spese vanno compensate interamente, tenuto conto:

da un lato, che il protocollo di circolazione dei flussi informativi in ambito consiliare è stato approvato solo a seguito della proposizione della domanda cautelare; esso non presenta profili di speciale complessità, e dunque avrebbe potuto essere predisposto prima che il ricorrente depositasse il ricorso cautelare;-

— dall'altro, che il ricorrente — alla luce dei motivi sopra illustrati — non risulta interamente vittorioso rispetto alle originarie richieste formulate in ricorso.

P.Q.M.

visti gli artt. 669-*bis* e seguenti c.p.c.,

1. respinge il ricorso;
2. dichiara interamente compensate tra le parti le spese processuali.

(¹) **Poteri di controllo individuale degli amministratori "non delegati" nelle società per azioni.**

SOMMARIO: 1. La questione controversa. — 2. La soluzione del Tribunale. — 3. Prime considerazioni su peculiarità "estrinseche" del caso e dell'ordinanza, in particolare in relazione al fatto che nella fattispecie si trattava di un semplice consorzio con attività esterna. — 4. Inserimento della decisione del Tribunale nel dibattito sui poteri individuali di controllo degli amministratori "non operativi". — 5. Necessità di considerare l'argomento anche alla luce dell'art. 2476, comma 2, c.c. e piano dell'esposizione. — 6. Applicazione dell'art. 2476, comma 2, c.c. e poteri degli amministratori non delegati delle s.r.l. che sono amministrate da un consiglio di amministrazione. Confutazione di possibili obiezioni "di principio". — 7. Argomenti a favore dell'estensione agli amministratori "non delegati" di s.r.l. almeno degli stessi poteri di controllo riconosciuti ai soci estranei all'amministrazione della società. — 8. Possibile estensione dei risultati raggiunti alle s.p.a.: delimitazione del quesito. Non rilevanza, ai fini dell'indagine, dei sistemi alternativi di amministrazione (dualistico e monistico). — 9. Confutazione di possibili ostacoli all'estensione agli amministratori non delegati di s.p.a. delle conclusioni raggiunte per gli amministratori di s.r.l. fondate su norme specifiche della disciplina delle società azionarie. — 10. Argomenti a favore dell'attribuzione agli amministratori non delegati di s.p.a. dei poteri di controllo spettanti ai loro omologhi nelle s.r.l. — 11. Estensione dei risultati ai semplici consorzi con attività esterna. — 12. Più o meno fondati timori di intralcio delle attività sociali o di abuso del diritto e rimedi adeguati.

1. *La questione controversa.* — La questione della quale si occupa il Tribunale di Milano nell'ordinanza qui commentata si presenta, se non spesso, almeno con una certa frequenza nel corso dell'attività professionale. Si tratta di stabilire se, ed eventualmente entro che limiti, un amministratore "non delegato" (¹) possa accedere direttamente alla documentazione della gestione e compiere altri atti di ispezione, che possono comprendere colloqui e incontri con dirigenti o altri dipendenti della società.

La decisione del Tribunale è apparentemente sorretta da una motivazione limpida e chiara, tanto che, a prima vista, sembrerebbe quasi impossibile annotarla criticamente. Eppure, leggendo meglio, nell'ordinanza ci sono aspetti meritevoli di discussione e perfino di un rispettoso ma netto dissenso.

L'ordinanza risolve sulla base della disciplina delle s.p.a. una vertenza che riguarda però un consorzio con attività esterna, amministrato da un organo collegiale, comprendente rappresentanti della maggioranza e della minoranza. In tale fattispecie è accaduto che un amministratore, non delegato e peraltro solidale con gli interessi della minoranza dei consorziati, dopo la proposizione del ricorso diretto a conseguire l'accesso alla documentazione dell'attività degli amministratori delegati e degli uffici della società, abbia di fatto ottenuto "gran parte" di ciò che costituiva oggetto delle sue richieste (non è possibile esser più dettagliati e precisi, perché il provvedimento non dà maggiori informazioni).

Anziché acquietarsi, il ricorrente ha però insistito, evidentemente perché la documentazione messa a disposizione non era a suo avviso sufficiente o comunque non

(¹) Talvolta, in questo scritto, userò l'espressione "amministratore delegante" per non ripetere sempre l'espressione "amministratore non delegato". Ovviamente i due termini non hanno esattamente lo stesso significato. L'amministratore "non delegato" potrebbe infatti non aver votato a favore della delega concessa ad altro amministratore. Altre volte userò come sinonimo delle due precedenti anche l'espressione "amministratore non operativo", molte volte utilizzata dall'ordinanza qui pubblicata.

corrispondeva all'estensione del suo diritto. Si sono così verificati i presupposti di fatto perché fosse resa una pronuncia che, sia pure in sede di cognizione cautelare o sommaria, prende posizione in via generale e astratta, dettando appunto alcune massime sull'estensione del potere degli amministratori "esterni" di raccogliere autonomamente informazioni e di accedere alla documentazione sociale (ed eventualmente di estrarre copia e di utilizzarla direttamente).

2. *La soluzione del Tribunale.* — La conclusione raggiunta dal Tribunale di Milano con questa ordinanza si può sintetizzare così: l'amministratore non delegato non ha un diritto incondizionato di controllo di qualunque documento sociale; la condizione alla quale è subordinato il suo diritto di accedere alla documentazione (qualunque sia l'estensione di tale diritto di accesso) è data dall'esistenza di indici di allarme; perciò la richiesta di accesso è subordinata all'onere di una motivazione che faccia riferimento a tali indici; spetta al giudice di stabilire se i presupposti della richiesta di accesso siano presenti e se i requisiti siano soddisfatti.

La motivazione di questa conclusione muove dalla premessa secondo cui il diritto (ovvero il potere) di controllo dell'amministratore non delegato è funzionale o comunque da rapportare alla sua responsabilità per i danni arrecati alla società "per omessa adozione" di iniziative doverose e idonee a evitare che la società subisca un pregiudizio a causa di illeciti o di violazioni di doveri degli amministratori delegati. Posto che, con la riforma del 2003, la responsabilità solidale degli amministratori non delegati con quella degli amministratori delegati è stata limitata dal legislatore (rispetto alla disciplina vigente dal 1942), negli stessi termini è stato ridotto il potere di controllo degli amministratori non delegati.

3. *Prime considerazioni su peculiarità "estrinseche" del caso e dell'ordinanza, in particolare in relazione al fatto che nella fattispecie si trattava di un semplice consorzio con attività esterna.* — Dall'ordinanza si deve dissentire non tanto per la decisione resa nel caso concreto, quanto per le premesse in diritto che essa pone. Le ragioni del dissenso toccano sia la motivazione sia le conclusioni dell'interpretazione seguita dal Tribunale, oltre che l'opportunità di tale interpretazione.

Nelle prossime pagine tutto questo sarà spiegato ampiamente e, per quanto possibile, "vivacemente". Qui occorre tuttavia dare atto al valoroso estensore del provvedimento di aver difeso un punto di vista comunque ragionevole, per quanto errato. Sia consentito aggiungere che, forse, nella fattispecie concreta sarebbe stato prudente e possibile evitare una presa di posizione tanto decisa (e discutibile) quanto lo è stata quella alla quale è infine pervenuto il Tribunale: in particolare, poteva essere sufficiente una dichiarazione di carenza di (meritevole) interesse ad agire o di sopravvenuta carenza del *periculum in mora*.

Infine, occorre soffermarsi almeno brevemente sul fatto che, in concreto la vertenza non riguarda una società, ma un consorzio con attività esterna non costituito come società consortile⁽²⁾. Sembra inoltre che tra le parti sia stato pacifico che si potesse fare riferimento alla disciplina delle società per azioni; e anche l'ordinanza, dopo aver rilevato che "la disciplina legislativa dei consorzi è molto stringata e nulla dice sul punto" e che "neppure lo statuto di Comieco regola il profilo che qui interessa", conclude nel senso che "il solo fatto dell'avvenuta distribuzione di deleghe all'interno del consiglio di

(²) Dall'ordinanza questo non emerge, ma ho potuto appurarlo esaminando direttamente lo statuto, pubblicato nel sito internet dell'ente.

amministrazione di Comieco con delibera che non risulta impugnata — e che comunque non pare viziata da nullità, non potendosi ricavare dal sistema alcun divieto al riguardo — giustifichi il ricorso, in via analogica, alla disciplina delle società per azioni, che prevede la regolamentazione dei flussi informativi all'interno del consiglio (artt. 2381 e 2392 c.c.)”.

In realtà, può esser dubbio che la disciplina del consorzio con attività esterna debba ricavarsi da quella della società per azioni, almeno per il profilo qui considerato. Candidati altrettanto legittimi a fornire un'integrazione analogica possono infatti essere altri tipi di società: non solo la s.r.l., ma anche le società di persone. Anche in questi tipi di società sono concepibili (nell'ampia autonomia concessa ai soci dal legislatore) ripartizioni di competenze e di funzioni all'interno degli amministratori, sia che essi formino un consiglio di amministrazione, sia che operino secondo un diverso modulo organizzativo.

Vero è che la disciplina della responsabilità degli amministratori non delegati delle società per azioni, da cui muove l'ordinanza *potrebbe* costituire un paradigma anche per le s.r.l. e le società di persone. Tuttavia, com'è noto, le disposizioni dettate per la responsabilità degli amministratori delle s.r.l. e delle società di persone sono *diverse* da quelle dettate in tema di s.p.a. e, come vedremo tra breve, la questione non è del tutto oziosa.

4. *Inserimento della decisione del Tribunale nel dibattito sui poteri individuali di controllo degli amministratori "non operativi"*. — Il ragionamento seguito dall'ordinanza, e sommariamente descritto nel paragrafo 2 di questa nota, ricalca i ragionamenti che vennero fatti, sia pure con conclusioni tra loro diverse, quando per la prima volta la questione venne approfonditamente discussa, nel 1980 ⁽³⁾. Già allora si ravvisò un indissolubile nesso tra responsabilità, doveri, poteri e diritti degli amministratori "non delegati" in relazione a fatti di gestione rientranti nella competenza degli amministratori titolari di delega. Non importa a questo punto dar conto delle diverse opinioni che allora furono espresse da alcuni importanti giuristi, ma occorre senz'altro dare atto di una sostanziale concordia nell'impostazione dell'argomento.

Lo schema del ragionamento è rimasto immutato anche dopo la riforma del 2003, con la sola variazione data dal rilievo da alcuni attribuito alla formulazione testuale dell'art. 2381, comma 6, c.c., su cui si tornerà.

A ogni modo vi è chi, nella riforma, ha visto addirittura una "abrogazione del dovere di vigilanza" e la sua sostituzione con ben diverso e più limitato dovere di "agire informati". Questi interpreti, dopo aver permesso che "oggi, dopo la riforma del 2003, appare acquisito che in linea generale i poteri di consiglio devono (inderogabilmente) essere esercitati in forma collegiale, salvo i casi in cui è la legge stessa che attribuisce specifici poteri a singoli amministratori", sono giunti a concludere che il nuovo art. 2381, comma 6, c.c. "oltre a riconoscere ai singoli amministratori il diritto ad ottenere

⁽³⁾ Si vedano i pareri di DALMARTELLO-PORTALE, di GRASSETTI, MINERVINI, ABBADESSA, preceduti da un'ampia presentazione critica di SCOTTI CAMUZZI e seguiti da una postilla di ABBADESSA, pubblicati con il titolo comune *I poteri di controllo degli amministratori di "minoranza" (membro del comitato esecutivo con "voto consultivo")*, in questa *Rivista*, 1980, I, 785 ss.; v. inoltre DEVESCOVI, *Controllo degli amministratori sull'attività degli organi delegati*, in *Riv. soc.*, 1981, 79 ss.; CHIOMENTI, *Il principio della collegialità dell'amministrazione pluripersonale delle s.p.a.*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, I, 319 ss.; CAGNASSO, *I doveri di informazione degli amministratori investiti di potere delegato*, in *L'informazione societaria* (Atti del convegno internazionale di Studi promosso dalla *Rivista delle società*, Venezia 5-6-7 novembre 1981), Milano, Giuffrè, 1982, 591 ss.

informazioni su ogni aspetto della gestione della società, stabilisce anche che le informazioni vanno chieste agli *organi delegati* (in genere, quindi, all'amministratore delegato), in tal modo rendendo palese che i vari amministratori non possono, per avere informazioni, rivolgersi alle strutture o ai vari direttori della società, distogliendoli dalle loro funzioni e creando asimmetrie informative rispetto agli altri amministratori" (4). Altri invece continuano a ritenere necessario dotare gli amministratori di poteri individuali più intensi proprio in relazione al rischio di trovarsi a rispondere del danno causato da *mala gestio* dei delegati (5).

Non mancano tentativi di individuare ragionevoli soluzioni di compromesso. Per esempio, anche l'ordinanza qui pubblicata afferma che il potere di accedere direttamente alla documentazione dovrebbe essere affermato in presenza di particolari indici di allarme; in dottrina si differenzia la posizione del presidente da quella degli altri consiglieri; e si possono forse escogitare altre formule che, in modo più o meno brillante, esprimono una certa riserva che attenua il bordo tagliente di affermazioni di principio di cui forse si intuisce il pericolo.

5. *Necessità di considerare l'argomento anche alla luce dell'art. 2476, comma 2, c.c. e piano dell'esposizione.* — Non è ovviamente mia intenzione svolgere ora un nuovo tentativo di conciliare soluzioni apparentemente opposte o comunque molto diverse tra di loro riguardo al problema dell'estensione dei poteri di controllo degli amministratori deleganti rispetto alla documentazione sociale o all'accesso ai dirigenti e impiegati della società per aver da loro informazioni sulla gestione.

Credo però che sia utile prendere in considerazione un nuovo argomento che potrebbe in qualche modo contribuire a gettare luce sulla questione: preciso che l'argomento è nuovo, perché trae origine dalla disciplina della società a responsabilità limitata e in particolare dal nuovo art. 2476, comma 2, c.c. (rubricato "*Responsabilità degli amministratori e controllo dei soci*"). Questa norma prevede che "i soci che non partecipano all'amministrazione hanno diritto di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali e i documenti relativi all'amministrazione".

Preannuncio ora quale "intuizione" è alla base del mio ragionamento: un socio non amministratore o che non partecipa all'amministrazione della s.r.l. (e che quindi sostanzialmente "non rischia" anche se non vigila sulla gestione o se vi vigila in modo

(4) BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013, 45 ss., che tuttavia prosegue osservando che "diversa è solo al posizione del presidente del consiglio, il quale — per adempiere al suo compito di redigere l'ordine del giorno e inviare la documentazione informativa ai consiglieri — può direttamente rivolgersi alle strutture della società senza dover passare per il consiglio per avere informazioni sulla gestione della società". Inoltre, a suo avviso, "sebbene i singoli amministratori possano individualmente chiedere informazioni (secondo le modalità indicate), essi non possono prendere da soli i conseguenti provvedimenti, che rimangono collegiali". Simile l'opinione di ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto societario*. Liber amicorum Gianfranco Campobasso, Torino, Utet, 2006, vol. 2, 491 ss., 501 ss., il quale distingue fra ambito dell'obbligo di agire informato e strumenti di informazione, giungendo alla conclusione che *a contrario* l'art. 2381, comma 6, c.c. consente di escludere "con elevato grado di sicurezza" la possibilità di un esercizio individuale del diritto di informazione, che invece è ovviamente esercitabile, a suo parere, in forma collegiale. Altre citazioni in ABBADESSA, *Profili tipici*, cit., 506, nt. 50.

(5) SALAFIA, *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Le società*, 2006, 291; G. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*⁶, a cura di M. Campobasso, Torino, Utet, 2006, 367.

disattento), non può avere poteri di controllo sull'amministrazione maggiori di quelli che spettano a un amministratore, che invece rischia se non vigila adeguatamente.

Rispondo immediatamente a una possibile obiezione pregiudiziale: la norma appena citata riguarda le s.r.l. e non le s.p.a.!

È vero, ma è vero anche che l'ordinanza qui pubblicata non riguarda né una s.p.a., né una s.r.l., ma un semplice consorzio con attività esterna. Perché mai il consorzio con attività esterna dovrebbe essere più simile alle s.p.a. che alle s.r.l.? E se è legittimo rivolgersi alle s.p.a. per risolvere una questione in tema di semplici consorzi, non è forse altrettanto legittimo rivolgersi alla disciplina delle s.r.l. per risolvere una questione in materia di società per azioni?

A ben vedere, però, l'obiezione potrebbe essere più sottile: infatti, almeno in un certo senso, essa invita a concentrare l'attenzione prima sui singoli complessi normativi nella loro naturale "sede" e poi eventualmente a estendere la portata delle conclusioni oltre il loro naturale confine. Come che sia, cercherò di applicare questo metodo d'indagine.

Prima di procedere in tal senso, sembrano utili alcune precisazioni: la prima è che il mio ragionamento dà comunque per scontato che la disciplina dell'amministrazione della s.r.l. è *diversa* da quella che si applica alle s.p.a. e che, pertanto, alle s.r.l. la disciplina degli amministratori delle s.p.a. può essere applicata, come disciplina dispositiva e suppletiva, solo estensivamente o per analogia. Questo punto deve essere considerato pacifico per tutti e nessuno intende metterlo in discussione.

Allo stesso tempo, però, non si può del tutto escludere che la disciplina delle s.r.l. dia argomenti per interpretare meglio la disciplina delle s.p.a.. Insomma, se in astratto dall'art. 2381, comma 6 c.c., si potesse dedurre una soluzione valida anche per i consorzi e le s.r.l. (o almeno per quelle in cui l'amministrazione è attribuita a un consiglio di amministrazione in cui vi sono amministratori deleganti e amministratori delegati), per coerenza non si dovrebbe escludere *a priori* l'ammissibilità dell'ipotesi inversa, cioè che la disciplina del secondo comma dell'art. 2476 c.c. fornisca utili premesse per interpretare le norme vigenti per le s.p.a.: chiedo insomma ai lettori di leggere le mie argomentazioni senza pregiudizi.

Non darò alcuna dimostrazione generale o particolare delle due asserzioni che precedono e mi limito a dire che, se non si potesse concordare con esse, si presumerebbe implicitamente che la s.r.l. sia rimasta la brutta copia della s.p.a.: ma questo è proprio uno di punti sui quali la riforma ha voluto cambiare lo stato delle cose.

Un'ultima precisazione riguarda il fatto che tutte le argomentazioni relative all'estensione dei poteri di controllo degli amministratori non operativi si basano sulla premessa implicita che, in difetto di una norma espressa, sia lecito dedurre l'ambito dalla portata della responsabilità per omesso controllo. Il mio lavoro condivide questa impostazione, anche se ne propone un'applicazione (credo) originale; in ogni modo non ritengo utile fornire alcuna dimostrazione della legittimità di tale procedimento logico, che mi pare pacifica.

6. *Applicazione dell'art. 2476, comma 2, c.c. e poteri degli amministratori non delegati delle s.r.l. che sono amministrate da un consiglio di amministrazione. Confutazione di possibili obiezioni "di principio".* — Esaurite le premesse, veniamo adesso all'esame delle norme di diritto positivo, dapprima studiandole nel loro ambito naturale e poi considerandone la potenziale espansione ad altri tipi societari o ad altri fenomeni associativi.

È già stato citato e trascritto il comma 2 dell'art. 2476 c.c. ed è stato anticipato a livello intuitivo l'argomento che io ne ricavo: l'amministratore delegante di una s.r.l.

deve aver almeno gli stessi diritti di controllo spettanti ai soci estranei all'amministrazione della società.

Quali sono anzitutto i diritti di controllo dei soci di s.r.l. estranei alla gestione? Secondo la formulazione letterale della disposizione, essi sono due: il diritto di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e il diritto di consultare, anche tramite professionisti di fiducia, i libri sociali e i documenti relativi all'amministrazione. Valgono questi stessi diritti a favore dell'amministratore non delegato di s.r.l. amministrata da un consiglio di amministrazione?

Quanto al primo di essi, nessuno dubita che, in fattispecie di amministrazione collegiale, l'amministratore delegante di s.r.l. possa comunque esercitarlo nei confronti degli amministratori delegati, a prescindere della questione se si applichi o no, *a fortiori* o in base a un altro ragionamento, lo stesso regime previsto nel comma 2 dell'art. 2476 c.c. Ma si può dubitare che sia un *diritto individuale* anche per l'amministratore delegante, come indubbiamente lo è per il socio? Oppure l'amministratore delegante deve esercitare necessariamente questo suo diritto in consiglio (qualunque sia poi l'estensione di questa espressione: "in consiglio")?

Per il momento è sufficiente osservare che, nel caso di amministrazione pluripersonale non collegiale congiunta, ciascun amministratore ha diritto di essere informato dagli altri circa le loro iniziative (cfr. art. 2258 c.c.), mentre la questione è dibattuta se l'amministrazione sia disgiunta. Certo è che una disparità di trattamento tra i soci estranei all'amministrazione e gli amministratori deleganti non partecipi della gestione dovrebbe essere spiegata. Ma torneremo su questo punto più avanti.

Parlando ora del diritto dei soci di richiedere notizie sugli affari sociali, le legge riproduce l'art. 2261 c.c. sul diritto di informazione dei soci estranei all'amministrazione nelle società di persone. Sia nel comma 2 dell'art. 2476, sia nell'art. 2261 c.c. il corrispondente obbligo di rispondere alle richieste di informazione è riferito agli amministratori.

Può a questo punto presentarsi una domanda: è possibile che anche nelle società di persone, come nelle società di capitali, vi sia una differenza tra soci estranei all'amministrazione e gli amministratori "deleganti" o comunque non partecipanti a un singolo atto gestionale? Può essere, magari, che la differenza dipenda dal fatto che i soci rischiano l'intero loro patrimonio, a garanzia dei creditori sociali? Secondo me *non può* esser così.

Da un lato, i diritti di controllo spettano infatti ai soci di società di persone estranei all'amministrazione, anche se a loro favore sia pattuita la limitazione della responsabilità con efficacia esterna. Dall'altro, almeno secondo l'opinione dominante, nelle società di persone gli amministratori devono essere soci illimitatamente responsabili: ne segue che gli amministratori delle società di persone rischiano ancora di più dei semplici soci non amministratori perché, ai sensi dell'art. 2260 c.c., oltre a essere necessariamente responsabili con tutti i loro beni presenti e futuri nei confronti dei creditori sociali, sono anche responsabili verso la società e gli altri soci per *mala gestio* e altro. Perciò, nelle società di persone, i diritti di controllo degli amministratori deleganti o comunque non partecipanti alla gestione corrente non possono essere ragionevolmente inferiori a quelli dei soci estranei all'amministrazione.

Tornando ora a guardare verso le s.r.l., i dati inconfutabili sono questi: né i soci né gli amministratori di queste società sono mai responsabili (salvo eccezioni qui trascurabili) verso i creditori per l'adempimento delle obbligazioni sociali; gli amministratori non delegati di s.r.l. gestite da un consiglio di amministrazione rispondono invece (non per l'adempimento delle obbligazioni sociali, ma) per i danni causati dalla gestione dei loro colleghi delegati, a meno che siano "esenti da colpa e, essendo a cognizione che

l'atto si stava per compiere, abbiano fatto constare del proprio dissenso" (art. 2476, comma 1, seconda frase); infine i soci che hanno intenzionalmente "deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi" possono rispondere dei danni al pari degli amministratori (art. 2476, penultimo comma).

Date queste premesse, è chiaro che in ogni caso, per eventuali illeciti degli amministratori delegati, gli amministratori deleganti rischiano di più rispetto ai soci estranei alla gestione, ai quali il penultimo comma dell'art. 2476 c.c. non può in alcun modo essere applicato: mentre i soci estranei alla gestione avrebbero i diritti di controllo loro attribuiti dall'art. 2476, comma 2, l'amministratore delegante però non li avrebbe, perché non sarebbe estraneo alla gestione. È possibile che questo paradosso non influisca sul nostro tema e non porti a estendere i diritti degli amministratori deleganti almeno al punto al quale si spinge il diritto dei soci estranei all'amministrazione?

Sia l'art. 2476 c.c. sia l'art. 2261 c.c. sembrano infine dire, *a contrario*, che i soci che non partecipano all'amministrazione non possano rivolgersi anche ai dipendenti (a qualunque livello) della società oltre che agli amministratori; ma la letterale formulazione della legge non deve far dimenticare che lo scopo della norma è l'informazione, non la cattiva o mediocre informazione⁽⁶⁾. Può essere infatti che, specie nelle società di persone, gli amministratori siano effettivamente competenti e informati su tutti gli aspetti dell'amministrazione; ma non è raro, anche nelle realtà modeste, che l'amministratore sappia tutto delle vendite o degli acquisti, ma sappia poco o nulla di argomenti altrettanto importanti quali la gestione del personale, gli adempimenti fiscali o previdenziali, e molto altro. In questi casi, l'accesso alla documentazione potrebbe non spiegare molto e il colloquio con gli amministratori non aggiunge alcunché. Si può anzi ritenere che la legge parli degli amministratori quali interlocutori dei soci, senza escludere che vi siano contatti con dirigenti e dipendenti (e, se occorre, con i consulenti), se tali contatti siano autorizzati dagli amministratori o siano resi necessari dalla concreta organizzazione aziendale, di cui gli amministratori sono in ultima analisi gli autori e i responsabili.

Se allora i soci di una società di persone estranei all'amministrazione potessero rivolgersi (nei limiti sopra precisati) a informatori diversi dagli amministratori, la conclusione estensiva varrebbe anche per gli amministratori "non delegati" di una s.r.l. amministrata da un organo collegiale?

Anche questa è una domanda alla quale non è facile dare una risposta immediata. Si può forse osservare che i soci ai quali è rivolto l'art. 2261 c.c. sono di regola soci che rischiano molto, perché potrebbero essere illimitatamente responsabili per le obbligazioni sociali, anche se assunte tramite i dipendenti della società: dunque è giusto dare loro ampi poteri di informarsi, magari appunto interrogando direttamente dirigenti, dipendenti e consulenti. Ma nelle società di persone, secondo l'opinione dominante, gli amministratori sono necessariamente (non solo normalmente) soci illimitatamente responsabili, che per di più hanno anche una responsabilità aggiuntiva per *mala gestio* e altro verso la società e i soci. La questione si deve risolvere dunque su altre basi e non sulla base della formulazione testuale della norma, che non pare decisiva.

(6) Sulla base di considerazioni di efficienza dell'esercizio del diritto di controllo viene ammesso che, pur mancando una norma espressa in tal senso, "nel diritto del socio di s.r.l. di consultare i libri sociali rientra il diritto di estrarne copia, spettante anche per i documenti relativi all'amministrazione previamente consultati": così Trib. Verona, 30 agosto 2011, in questa *Rivista*, 2013, II, 133 ss., con nota di BURRURINI, *Il diritto del socio di estrarre copia dei documenti tra interpretazione della disciplina e autonomia statutaria*.

Tutte queste domande esigono una risposta sia pur brevemente argomentata, che mi accingo ora a dare.

Prima di procedere, debbo però rispondere a un'ultima possibile obiezione. Qualcuno infatti forse osserverà che gli artt. 2261 e 2476 c.c. riguardano soci "estranei all'amministrazione" e che questa caratteristica non appartiene certamente agli amministratori ancorché non delegati. L'obiezione è suggestiva, ma infondata. La specificazione che deve trattarsi di soci "estranei all'amministrazione" non si giustifica con l'intenzione del legislatore di discriminare a danno dei soci che partecipano all'amministrazione, ma con l'ovvia considerazione che i soci partecipanti all'amministrazione i poteri di controllo li hanno già perché amministratori. Insomma, i poteri attribuiti ai soci estranei all'amministrazione dagli artt. 2261 e 2476 c.c. spettano e *a fortiori* agli amministratori non operativi.

7. *Argomenti a favore dell'estensione agli amministratori "non delegati" di s.r.l. almeno degli stessi poteri di controllo riconosciuti ai soci estranei all'amministrazione della società.* — Il mio argomento a favore dell'estensione agli amministratori "non delegati" dei poteri previsti dall'art. 2476, comma 2, è semplicissimo: nella disciplina delle s.r.l. il socio estraneo all'amministrazione non ha alcuna competenza legale sulla gestione della società; non può e non deve intromettersi; allo stesso tempo non ha il dovere di impedire il compimento di atti dannosi per la società, gli altri soci o i creditori e non risponde di eventuali danni; però può esercitare diritti di controllo che arrivano fino all'accesso alla documentazione sociale, anche tramite professionisti di fiducia.

Invece l'amministratore delegante è (con)titolare della competenza gestoria; può e deve partecipare alla amministrazione; ha il dovere di impedire o di opporsi a che siano compiute operazioni dannose di cui sia a conoscenza o che dovrebbe conoscere secondo il criterio (soggettivo?) della colpa; tuttavia non potrebbe accedere ai documenti sociali se non dimostrando che vi è un fondato sospetto o timore o un campanello d'allarme!

La conclusione non solo ripugna al senso comune di giustizia, ma è contraria al principio di proporzionalità fra diritto, potere, dovere e responsabilità. Il rischio di rispondere per fatti commessi da altri postula infatti, in linea di massima, un corrispondente e soprattutto ampio potere di controllo, salvo che dalla legge stessa emerga una chiara volontà contraria o diversa (come, lo si vedrà, nel caso dei componenti del consiglio di sorveglianza nelle s.p.a. che adottano il sistema di amministrazione dualistico). Dunque gli amministratori deleganti nelle s.r.l. devono avere *almeno* i diritti riconosciuti dall'art. 2476, comma 2, c.c. ai soci estranei all'amministrazione.

Il diritto di controllo è peraltro individuale, perché è individuale la responsabilità che deriva dal non averlo esercitato in modo diligente. Ovviamente gli amministratori delegati possono (e in un certo senso devono) fare in modo che le richieste di accesso alla documentazione e di informazioni, specie quelle degli amministratori deleganti, siano gestite in modo efficiente e quindi possono (*cum grano salis*) trasformare in "collegiale" un atto di controllo che è stato oggetto di una richiesta "individuale". Per esempio, se l'amministratore non operativo Rossi vuole che il direttore vendite Bianchi gli chiarisca alcuni dettagli della documentazione relativa agli sconti concessi al socio Tizio, ma non al cliente Caio, potrebbe essere opportuno che gli amministratori delegati convochino un'adunanza del consiglio perché domande e risposte coinvolgano tutti gli interessati. Tuttavia questo non è sempre necessario. Se infatti è vero che, normalmente, una seduta informativa collegiale è più conveniente di un'intervista privata (così come, del resto, un controllo individuale della documentazione è normalmente più efficiente — o meno disagiata — di un esame collegiale), in particolari circostanze può esser vero anche il contrario. Il limite è quello della ragionevolezza: ed è lo stesso limite che, in fin dei conti,

si figura anche l'ordinanza del Tribunale di Milano, quando afferma che un amministratore non operativo può chiedere di esaminare direttamente la documentazione se è in grado di percepire (e di riferire al giudice) con chiarezza specifici "segnali" di allarme. Solo che, secondo me, il rapporto tra regola e eccezione è rovesciato rispetto a quel che si legge nell'ordinanza qui pubblicata: di questo, comunque, si dirà meglio nell'ultimo paragrafo.

A questi risultati conduce anche la considerazione che, nelle s.r.l., il controllo dei soci (ma anche degli amministratori) compensa la mancanza di altri controlli, per esempio di quelli del sindaco. L'argomento vale soprattutto per le s.r.l. che possono fare a meno del controllo sindacale, ma poiché la legge non distingue fra i soci estranei alla amministrazione a seconda che la s.r.l. abbia o no il sindaco o il collegio sindacale, non si può escludere che esso possa essere speso anche per le s.r.l. che debbono avere o comunque prevedono tale controllo.

Quanto alla domanda se il diritto di accedere ai documenti comprenda anche quello di intervistare il personale, la mia opinione è che, se l'intervista è funzionale alla spiegazione dei documenti, essa è compresa nel diritto e lo è anche nell'interesse degli amministratori delegati e delle società. Vedremo poi, nell'ultimo paragrafo, quali sono i limiti di questi diritti: limiti che, per la loro natura, sono gli stessi — o molto simili — per soci e amministratori non operativi.

8. *Possibile estensione dei risultati raggiunti alle s.p.a.: delimitazione del quesito. Non rilevanza, ai fini dell'indagine, dei sistemi alternativi di amministrazione (dualistico e monistico).* — Nelle s.r.l. che adottano una forma di amministrazione collegiale, gli amministratori deleganti hanno dunque gli stessi diritti di controllo che spettano ai soci estranei all'amministrazione. Ma si può dire che gli stessi diritti spettano anche agli amministratori deleganti delle s.p.a.?

Devo peraltro avvertire che il problema qui discusso non riguarda né i membri del consiglio di sorveglianza nel sistema di amministrazione dualistico, né i membri del comitato per il controllo sulla gestione. Infatti, per i c.d. sistemi alternativi di amministrazione valgono regole diverse, che non sono qui esaminate. Ciò che si sostiene in questa sede resta comunque limitato al c.d. sistema di amministrazione tradizionale.

Non si può tuttavia eludere un'obiezione che potrebbe essere sollevata a partire dalla disciplina del sistema dualistico, dove l'art. 2409-*quaterdecies* c.c., nell'enumerare le norme applicabili (in quanto compatibili) al consiglio di sorveglianza e ai suoi componenti, cita i commi 2 e 3 dell'art. 2403-*bis* c.c., "saltando" il comma 1, che è quello che prevede espressamente che "i sindaci possono in qualsiasi momento procedere, anche individualmente, ad atti di ispezione e di controllo".

Dato per scontato che la norma esplicitamente neghi ai componenti del consiglio di sorveglianza i poteri individualmente concessi ai sindaci, e considerato altresì che anche per ciascuno dei membri del consiglio di sorveglianza vale il regime della responsabilità descritto nel penultimo comma dell'art. 2409-*terdecies* c.c., si potrebbe sostenere che la responsabilità solidale di Tizio per non aver impedito la commissione di fatti illeciti da parte di Caio o la produzione di danni che non sarebbero venuti in essere se Tizio avesse vigilato in conformità ai suoi doveri non comporta una specifica ampiezza dei poteri di controllo di Tizio e, segnatamente, non significa che Tizio possa, in qualsiasi momento, procedere individualmente ad atti di ispezione.

L'obiezione è indubbiamente corretta, in quanto le norme che sanciscono una responsabilità sono essenzialmente "secondarie" e presuppongono una norma "primaria", la cui violazione determina l'insorgere appunto della responsabilità: perciò la responsabilità per negligente esercizio di un potere strumentale all'adempimento di un

dovere presuppone un'altra norma che attribuisce il potere, che è appunto quella di cui ci stiamo occupando. Tuttavia occorre aggiungere che nel caso del consiglio di sorveglianza, il legislatore ha fatto una scelta che non è detto che valga per casi diversi e che deriva dalla particolare funzione dello stesso consiglio di sorveglianza: funzione non di amministrazione e neppure di controllo, ma indipendente e intermedia fra le due, nonché tra queste e i poteri degli azionisti nel sistema tradizionale.

Si può dunque procedere senza farsi influenzare dal regime particolare dei sistemi alternativi di amministrazione delle società per azioni.

9. *Confutazione di possibili ostacoli all'estensione agli amministratori non delegati di s.p.a. delle conclusioni raggiunte per gli amministratori di s.r.l. fondate su norme specifiche della disciplina delle società azionarie.* — Ciò premesso, torniamo alla domanda: nelle s.p.a. gli amministratori non delegati hanno gli stessi strumenti di controllo che spettano agli amministratori non delegati delle s.r.l.? Torno a ripetere che la mia risposta è sì, per varie ragioni che illustrerò tra poco.

Anzitutto bisogna tuttavia superare l'argomento che la dottrina trae dall'art. 2381, comma 6, c.c. a tenor del quale "Gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato; ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società". Come si ricorderà, questa norma confermerebbe *a contrario* in primo luogo che gli amministratori non operativi possono rivolgersi soltanto agli organi delegati, e non ai dipendenti, in secondo luogo che le informazioni vanno ricevute in sede di consiglio e infine che non esiste un diritto di accedere direttamente alla documentazione.

È noto però che gli argomenti *a contrario* non sono decisivi e spesso sono fallaci. Per esempio: "Il cane è mortale; ma Socrate non è un cane; quindi Socrate non è mortale" è un sillogismo che procede a contrario, ma è sbagliato, perché la mortalità non è prerogativa esclusiva dei cani e anche gli uomini, come Socrate, sono mortali. Infatti, l'argomento *a contrario* presuppone normalmente che il verificarsi della circostanza A escluda che si verifichi anche la circostanza B: ma questa premessa resta spesso indimostrata.

Se gli amministratori non delegati nelle s.p.a. hanno il diritto A, previsto dall'art. 2381, comma 6, c.c., non è detto che non abbiano anche il diritto B, non contemplato dalla norma citata, ma stabilito da un'altra disposizione oppure desumibile dall'interpretazione sistematica di più norme. Se il sindaco di Milano permettesse di parcheggiare le automobili in Piazza del Duomo, non si saprebbe ancora se il parcheggio in Piazza Diaz sia o no vietato. Occorre sapere qualche cosa in più: per esempio, se la regola generale è quella del parcheggio libero o se, viceversa, è quella per cui si può parcheggiare solo nelle piazze in cui ciò è espressamente consentito; e inoltre se, rispetto a Piazza Diaz sono mai stati presi provvedimenti e, se sì, in che senso.

Nel caso di specie, ciò che occorre sapere è se all'amministratore spetti, come unico diritto d'informazione, quello che viene menzionato nel comma 6 dell'art. 2381 c.c., o se gliene spettino anche altri.

Il comma 6 non è dunque un elemento decisivo contro la mia tesi; forse siamo di fronte a un indizio, ma non ancora a una prova. Vediamo allora se la supposta differenza tra s.r.l. e s.p.a. possa essere sostenuta osservando che nelle s.p.a. vi è un organo votato al controllo, cioè il collegio sindacale.

Abbiamo però visto che nelle s.r.l. provviste di sindaco o di collegio sindacale, il socio estraneo all'amministrazione può comunque esercitare il diritto previsto dal comma 2 dell'art. 2476 c.c.; infatti la legge non distingue fra s.r.l. dotate e non dotate di organo sindacale. Per tale motivo, estendendo il ragionamento dell'amministratore

non delegato di s.r.l., la presenza del collegio sindacale non è argomento sufficiente a escludere che possa accedere direttamente ai documenti sociali nei termini sopra descritti.

10. *Argomenti a favore dell'attribuzione agli amministratori non delegati di s.p.a. dei poteri di controllo spettanti ai loro omologhi nelle s.r.l.* — Ho spiegato perché nella disciplina della s.p.a. non trovo argomenti sufficienti per escludere che gli amministratori non delegati possano compiere atti di accesso individuale alla documentazione sociale. Ma non ho ancora dimostrato perché anche a loro sia attribuito questo diritto, che spetta ai loro omologhi nelle s.r.l. amministrate da un consiglio di amministrazione. Occorre dunque dimostrare positivamente che la disciplina valida per gli amministratori “non delegati” delle s.r.l. vale anche per quelli delle s.p.a. Per questo scopo valgono i seguenti cinque ragionamenti.

La dimostrazione inizia dall'argomento più modesto e meno tecnico: per sessant'anni, dal 1942 al 2003, ci siamo abituati a vedere la s.r.l. come la brutta copia della s.p.a. ed a pensare che nell'applicazione del diritto alle s.r.l. fosse legittimo e forse necessario “importare” tratti della disciplina della s.p.a., ma non viceversa. Con la riforma del 2003 questo non è più possibile. La s.r.l. si è emancipata dalla s.p.a. e anzi si può forse rovesciare la vecchia immagine e affermare che il tipo-base delle società di capitali è la s.r.l., non più la s.p.a., com'era fino al 2003. Perciò nulla si oppone in linea di principio a risolvere una questione che riguarda le società per azioni guardando alle s.r.l. e allo loro disciplina.

Il secondo argomento fa perno sul concetto per il quale deve esservi proporzione fra rischi e poteri. Esso chiama in causa quella speciale variante di società azionaria che si chiama società in accomandita per azioni. Gli accomandatari delle s.a.p.a. sono amministratori di diritto e soci illimitatamente responsabili per le obbligazioni sociali; ma non sono necessariamente amministratori delegati. Ciò premesso, sembra lecito pensare che i loro poteri di controllo dovrebbero assomigliare a quelli del socio estraneo all'amministrazione che rischia l'intero suo patrimonio a garanzia dei creditori sociali (art. 2261 c.c.). Ma questi poteri sono descritti dalla legge con le stesse parole utilizzate nell'art. 2476, comma 2, c.c. e verosimilmente tali parole hanno lo stesso significato nei due contesti. Pertanto è giusto pensare che l'esercizio di poteri di controllo paragonabili con quelli dei soci estranei all'amministrazione nelle s.r.l. non è incompatibile con lo statuto dell'amministratore (non delegato) di società azionaria.

Il terzo argomento è più tecnico dei precedenti. Come si è visto, la dottrina e la giurisprudenza considerano generalmente corretto determinare l'estensione dei poteri di controllo di chi riveste una carica gestionale non operativa argomentando a ritroso dalla responsabilità posta a carico di tale soggetto. Ora, per gli amministratori non operativi di s.p.a. la responsabilità è prevista, oltre che nei confronti della società, anche nei confronti dei creditori sociali (art. 2394 c.c.), dei soci e dei terzi (art. 2395 c.c.), mentre per gli amministratori di s.r.l. non è prevista — almeno stando alla lettera delle norme — la responsabilità nei confronti dei creditori sociali. Pare dunque che gli amministratori “deleganti” o “non operativi” nelle s.p.a. rischino di più dei loro omologhi nelle s.r.l.: ma se è così, perché dovrebbero avere poteri individuali di controllo minori di quelli che spettano a questi ultimi?

Anche il quarto argomento è di natura tecnica; e forse è il più importante dei cinque. L'art. 2381, comma 6, c.c. dice che gli amministratori (compresi i non delegati) devono “agire informati”. Si deve concedere che nell'obbligo di agire informati è compreso il dovere d'informarsi, ma non il diritto di ricevere le informazioni in un certo modo. Tuttavia la legge non può imporre a un cittadino di informarsi (e di farlo con

diligenza) sotto pena di responsabilità, senza porre allo stesso tempo a sua disposizione strumenti adeguati. Il punto principale dell'argomento sta nel fatto che se il metro dell'adempimento dell'obbligo di agire informati sta nelle diligenza (ed è per forza di cose flessibile e variabile secondo le circostanze), il potere d'informarsi deve avere la stessa estensione: concetto, questo, che mi pare condiviso dall'ordinanza qui pubblicata, quando (se leggo bene) in sostanza dice che gli amministratori non delegati possono (individualmente?) svolgere attività di controllo più penetranti di quelle "solite" almeno allorché vi siano indizi o segnali di allarme.

La differenza tra la mia tesi e quella dell'ordinanza sta nel fatto che, secondo me, i poteri di controllo *esistono prima* che esistano le condizioni che rendono *doveroso* utilizzarli; in altre parole, essi fanno parte della dotazione ordinaria dell'amministratore (non delegato) e, semmai, bisogna reprimere e prevenire gli abusi del diritto che, di volta in volta, in base alle circostanze concrete possano esser ravvisati (7). Al contrario, secondo l'ordinanza, si tratta di poteri che sorgono "solo se" vi è bisogno di usarli, di modo che non è la società a dover provare l'abuso, ma chi esercita il diritto di informazione a dover provare la giustificazione dell'esercizio del diritto.

La mia interpretazione, comunque, è praticamente la più efficiente ed è questo il quinto e ultimo argomento a suo favore. Essa infatti (come spiegherò meglio) riduce il contenzioso, aumenta i controlli privati senza costi per la collettività e incentiva i comportamenti virtuosi degli amministratori delegati: i quali, con ogni probabilità, cercheranno di limitare le seccature e saranno incentivati ad organizzare ineccepibili flussi informativi la cui esistenza migliorerà la *governance* e, nei casi opportuni, semplificherà l'onere di provare un eventuale abuso dei poteri di vigilanza da parte degli amministratori non delegati.

11. *Estensione dei risultati ai semplici consorzi con attività esterna.* — Ammesso ora, per assurdo, che le mie argomentazioni non siano sufficienti a sostenere la conclusione, vale a dire a dimostrare che anche gli amministratori "non delegati" delle s.p.a. possono accedere alla documentazione sociale come gli amministratori non delegati dalle s.r.l., resterebbe il fatto che si deve stabilire quali siano i diritti di controllo degli amministratori di consorzi con attività esterna non organizzati come società consortile: cioè il caso su cui in concreto si pronuncia l'ordinanza.

Ora, ho già espresso l'avviso che il tipo s.p.a. oggi non sia più il modello "di base" della società di capitali e che questo ruolo oggi appartenga alla s.r.l. o, quanto meno, sia condiviso con le s.p.a. anche dalla società a responsabilità limitata.

Il consorzio però non è una società di capitali; organizzativamente, è molto più simile alle società di persone e, se si vuole, alle s.r.l. Pertanto, secondo me, non sarebbe lecito far riferimento alla disciplina delle s.p.a., ma semmai a quelle delle s.r.l. (sempre che fra le due vi sia differenza, circostanza che io escluderei); e forse sarebbe ancor meglio rivolgersi alle società di persone, per le quali tuttavia gli argomenti qui

(7) Gioverà ricordare che, con riferimento al diritto del socio non amministratore, la giurisprudenza ha ritenuto per es. che "nel caso in cui il socio di s.r.l. chieda accesso alla documentazione amministrativa e rivesta anche la posizione di concorrente della società, il suo diritto *ex art. 2476, comma 2, c.c.* non può essere previamente subordinato alla richiesta della società di stipula di un patto di non divulgazione delle informazioni societarie a fini concorrenziali, ove non siano allegati elementi, da parte della società, da cui desumere un esercizio del diritto abusivo, ossia strumentale all'attività svolta come concorrente": Trib. Bologna, 11 dicembre 2012, in *Le società*, 2013, 897, con nota di RAFFAELE, *Esercizio abusivo del diritto di controllo del socio non amministratore di s.r.l. e possibili tutele per la società*.

sviluppati sulla base dell'art. 2476, comma 2, possono essere riproposti sulla base dell'art. 2261 c.c.

12. *Più o meno fondati timori di intralcio delle attività sociali o di abuso del diritto e rimedi adeguati.* — Ho già accennato al tema dell'abuso del diritto di controllo; abuso che forse si era verificato nel caso di specie e che comunque preoccupava l'estensore dell'ordinanza fino al punto che, condividendo l'orientamento della dottrina maggioritaria, egli scrive che si dovrebbe escludere "che il consigliere non operativo abbia un indiscriminato potere di ispezione e consultazione delle scritture contabili e della documentazione sociale, anche in ragione dell'intralcio che indagini meramente esplorative potrebbero arrecare all'ordinato svolgimento dell'attività degli uffici aziendali" e che, perché sorga il potere-dovere di attivarsi, si presuppone che "dalle informazioni a disposizione del consigliere non operativo emergano segnali d'allarme in ordine a un pregiudizio per società e soci, ovvero che egli possa riscontrare carenze informative sospette, o addirittura dati eloquenti di irregolarità gestorie per le quali è tenuto ad attivarsi (si consulti, sul punto, la giurisprudenza penale di legittimità, che ha avuto plurime occasioni per individuare il perimetro dei poteri e dei doveri dell'amministratore privo di deleghe secondo la disciplina societaria riformata: Cass. n. 9736 del 2009; n. 23838 del 2007; n. 45513 del 2008)" ⁽⁸⁾.

In sostanza, il Tribunale propone due argomenti: quello dell'intralcio all'ordinato svolgimento dell'amministrazione e quello dell'abuso.

Sul primo di essi, l'espressione "intralcio all'ordinato svolgimento dell'attività degli uffici aziendali" ha un certo e inconfondibile sapore di paternalismo, burocrazia e verticismo: è un'espressione piuttosto tipica delle pubbliche amministrazioni, che sono tenute a organizzarsi appunto secondo il modulo dell'ordinato ed efficiente svolgimento delle proprie funzioni senza farsi distogliere dai privati. Sta però di fatto che, oggi, anche la pubblica amministrazione è meno arcignamente gelosa degli atti dei suoi procedimenti e deve concedere più generoso accesso a chi lo richieda per motivi legittimi. Se questo è vero per le pubbliche amministrazioni, deve essere ancor più vero per le società lucrative, che non perseguono il bene pubblico e non possono invocare la (comunque eticamente e politicamente dubbia) subordinazione dell'individuale al collettivo. Inoltre, e soprattutto, il compito di organizzare in modo efficiente i servizi della società, in modo da poter "gestire" le richieste di informazione di quei pericolosi ficcanaso degli amministratori non delegati, spetta agli amministratori delegati. Gli amministratori non operativi devono solo chiedere le informazioni, non evitare che le loro richieste "intralcino": ovviamente salvo che abusino del loro diritto, in conflitto di interessi o in altre simili situazioni.

Si arriva così al secondo argomento, quello appunto del possibile abuso del potere di controllo, sul quale ho già anticipato la mia opinione. Torno brevemente sul punto, in primo luogo per ricordare il famoso Origene, saggio (ma non troppo!) Padre della Chiesa che, secondo la leggenda, si sarebbe evirato per non cadere in tentazione. Il gesto di Origene non è però considerato — almeno di solito — un modello da seguire. Allo stesso modo, il fatto che gli amministratori non delegati eletti dalla minoranza possano fare cattivo uso del loro potere, esercitandolo in conflitto d'interessi o in modo contrario alla correttezza e alla buona fede, non è una buona ragione per togliere un diritto sacrosanto a chi ne fa un uso legittimo.

L'ordinanza finisce per affermare che il diritto di accedere direttamente ai docu-

⁽⁸⁾ Corsivi aggiunti.

menti, di procedere a ispezioni e di informarsi alla fonte c'è solo se ci sono buoni motivi per farlo valere. Siccome le tracce dell'irregolarità necessariamente seguono nel tempo la commissione della stessa, aspettare che le tracce divengano addirittura "evidenti" può comportare ritardi nocivi.

D'altro lato, se la richiesta di accedere ai documenti eccetera dovesse essere giustificata da un valido motivo, l'onere di allegarlo e di provarlo andrebbe a carico degli amministratori non delegati. Questi, se non si attivano quando dovrebbero, corrono il rischio di rispondere con i loro beni di eventuali danni subiti dalla società, dai soci e da terzi (compresi evidentemente i creditori). Pertanto è probabile che, per cautelarsi, nel dubbio sull'esistenza di sufficienti "segnali di allarme", chiedano di accedere e, di fronte al diniego dei colleghi amministratori delegati, si rivolgano al Tribunale (peraltro a loro spese).

Viceversa, gli amministratori delegati, se rifiutassero illegittimamente una richiesta legittima, non correrebbero quasi alcun rischio (non certo quello di risarcire i danni alla società) e le spese di un'eventuale difesa sarebbero a carico della società: tanto vale resistere alla richiesta dei non delegati!

In tali condizioni, l'incentivo alla litigiosità è elevato: infatti, mentre sarebbe assai difficile che gli amministratori delegati rifiutassero di soddisfare richieste legittime dei loro colleghi non delegati se dovessero assumersi l'onere di dimostrare l'abuso, è senza dubbio molto più facile che, di fronte a un rifiuto percepito come illegittimo, l'amministratore non delegato non si acquieti e tenti di provare l'esistenza di un caso in cui l'accesso alla documentazione eccetera è necessario. Insomma, se fosse la società a dover dimostrare il conflitto d'interessi o l'abuso dell'amministratore non delegato che richiede di svolgere individualmente atti di ispezione e controllo, verosimilmente sarebbero respinte solo le richieste formulate in modo evidentemente abusivo.

Inoltre non si può trascurare che, per la società, vi sarebbe sempre la possibilità della revoca, per giusta causa, dell'amministratore che eserciti i suoi poteri in mala fede, mentre l'amministratore non delegato in buona fede, normalmente eletto dalla minoranza, di fronte a una vessazione avrebbe di fronte a sé solo la via giudiziaria.

Nel complesso, dunque, l'ordinanza può essere stata giusta nel caso di specie, ma è sbagliata quando formula una massima generale, fortemente dubbia in diritto e non opportuna in fatto.

MARCO SAVERIO SPOLIDORO