

DELIBERA DI APPROVAZIONE DEL BILANCIO: APPLICAZIONE DELLA CLAUSOLA ARBITRALE

di Rescigno Andrea; Francese Delia

(in "Bilancio e Reddito d'Impresa" n. 11 del 2014, pag. 62)

Sommario: [Premessa](#) - [I diversi orientamenti](#) - [Conclusioni](#)

La sentenza in commento interviene sulla questione della possibilità di devolvere agli arbitri le impugnazioni delle delibere assembleari, in particolare di approvazione del bilancio. Ancorché non innovativa, la sentenza consente un rapido excursus sugli orientamenti giurisprudenziali in materia sulla base dell'[art. 34](#) del D.Lgs. n. 5/2003 che limita la compromettibilità in arbitri delle controversie insorgenti tra i soci, ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale.

Premessa

Con sentenza n. 4759 del 19 dicembre 2013, pubblicata in data 9 aprile 2014, il Tribunale di Milano ha statuito che sia compromettibile in arbitri l'impugnazione di una delibera assembleare di approvazione del bilancio quando l'invalidità dedotta riguardi vizi relativi alla convocazione e composizione dell'assemblea.

Nella sentenza che qui si commenta, il Tribunale di Milano fonda la propria decisione sulla circostanza che, nel caso di specie, l'attore in impugnazione si sia limitato a dedurre l'invalidità della delibera di approvazione del bilancio in relazione a vizi di convocazione e composizione dell'assemblea, «*vizi tipicamente inerenti alla posizione del socio e come tali relativi a diritti disponibili*».

La decisione qui commentata, ancorché non particolarmente innovativa né *opinion making*, consente di fare il punto della situazione sulla questione, dibattuta in dottrina ed in giurisprudenza, relativa alla possibilità che sia devoluta alla competenza arbitrale l'impugnazione delle delibere assembleari di approvazione del bilancio sociale.

È opportuno al riguardo rammentare che l'[art. 34](#) del D.Lgs. n. 5/2003 [\(1\)](#) stabilisce che «*gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'[articolo 2325-bis](#) del codice civile, possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale*».

Il punto di discriminazione tra controversie societarie che possono essere devolute ad arbitri e quelle non «compromettibili» è quindi

oggi rappresentato, ai sensi di legge, dalla «disponibilità» o meno dei diritti relativi al rapporto sociale che formino oggetto del giudizio.

I diversi orientamenti

Nel corso del giudizio definito con la pronuncia in commento, l'attore, nel tentativo di contrastare l'eccezione avversaria di incompetenza del giudice ordinario a favore del collegio arbitrale, aveva richiamato l'orientamento espresso anche dallo stesso Tribunale di Milano secondo cui la clausole compromissorie non sarebbero operative allorché si tratti di impugnazione di delibere assembleari recanti approvazione del bilancio sociale per violazione dei principi legali di redazione dello stesso, in virtù dell'indisponibilità dei diritti connessa al carattere pubblicistico delle norme in materia di redazione del bilancio.

I giudici del capoluogo lombardo hanno escluso che, nel caso in esame, potesse trovare applicazione l'orientamento richiamato dall'attore. La ragione di tale esclusione risiede nella circostanza che, nel caso *de quo*, come già menzionato l'attore aveva dedotto l'invalidità della delibera di approvazione del bilancio in relazione a vizi di convocazione e composizione dell'assemblea, vizi «tipicamente inerenti alla posizione del socio e come tali relativi a diritti disponibili» (2).

L'orientamento richiamato dall'attore, fatto proprio da alcune pronunce del Tribunale di Milano (3), trova fondamento in alcune decisioni della Corte di Cassazione, secondo le quali «perché l'interesse possa essere qualificato come indisponibile è necessario che la sua protezione sia assicurata mediante la predisposizione di norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da una qualsiasi iniziativa di parte, come ad esempio nel caso delle norme dirette a garantire la chiarezza e la precisione del bilancio di esercizio, la cui inosservanza rende la delibera di approvazione illecita e quindi nulla» (4).

In altre parole, stante l'esistenza di norme inderogabili volte a garantire trasparenza, veridicità e chiarezza del bilancio sociale a beneficio della collettività, l'interesse che ne deriva andrebbe qualificato come «indisponibile» e, come tale, sottratto alla compromettibilità in arbitri, ai sensi dell'art. 34 del D.Lgs. n. 5/2005.

Con un inciso particolarmente significativo, nella sentenza in commento i giudici milanesi precisano di «prescindere da ogni valutazione circa la divisibilità» dell'orientamento richiamato dall'attore e quindi non prendono posizione sullo stesso.

Al contempo, però, il Tribunale del capoluogo lombardo richiama (in modo indicativo, a giudizio di chi scrive, dell'orientamento seguito) talune pronunce di segno contrario (5), per le quali l'inderogabilità della norma non può essere considerata indice di indisponibilità del diritto da essa regolato se il privato può

liberamente determinarne l'oggetto, rinunciarvi, diminuirlo o spogliarsene. Secondo tale orientamento, è questo ad esempio il caso delle norme dettate in materia di redazione del bilancio, dal momento che (fermo restando il diritto dei terzi all'impugnativa del bilancio, quando la delibera che lo approva sia affetta da nullità, diritto che non viene pregiudicato dalla pendenza di un giudizio arbitrale sulla validità della medesima delibera) (i) «*i soci possono approvare o non approvare il bilancio*» [\(6\)](#), (ii) nel bilancio «*si uniscono aspetti necessitati secondo legge ed aspetti lasciati alla volontà delle parti, quali ad esempio la rapidità degli ammortamenti, gli accantonamenti, entro certi limiti anche la valutazione degli assets e delle riserve, la destinazione degli utili*», ed infine (iii) ciascun socio, con la propria condotta omissiva, non agendo tempestivamente in giudizio, può determinare il consolidamento di un bilancio redatto in violazione di quegli stessi principi di chiarezza e precisione e approvato con una deliberazione che viene a porsi in contrasto con norme inderogabili.

Come noto, infatti, per effetto della previsione di meccanismi specifici di correzione e modifica delle delibere e in virtù dell'introduzione di termini di decadenza dall'impugnazione, dopo la riforma del diritto societario il sistema delle impugnazioni per vizi di delibere assembleari (tra cui quelle di approvazione del bilancio sociale), anche in ipotesi di nullità della delibera [\(7\)](#), si connota per una quasi generale sanabilità, lasciata alla volontà delle parti. Va poi aggiunto che, in materia di impugnazione di delibere assembleari di approvazione del bilancio, l'ordinamento italiano prevede un ulteriore limite temporale, costituito dall'impossibilità di promuovere l'impugnazione del bilancio dopo che sia avvenuta l'approvazione del bilancio dell'esercizio successivo, ai sensi dell'[art. 2434-bis](#) c.c.

La previsione di termini di decadenza oltre i quali non è più possibile proporre l'impugnazione rende quindi il diritto all'impugnazione liberamente disponibile da parte del singolo socio, posto che è allo stesso lasciata la facoltà di determinare il consolidamento della delibera non impugnandola nel termine di decadenza, ovvero approvando il bilancio dell'anno successivo. Inoltre sia nei casi di annullamento sia di nullità la rinunciabilità dell'azione di impugnativa è di per se indice della disponibilità del diritto.

Come correttamente (a parere di chi scrive) evidenziato nella richiamata sentenza del Tribunale di Milano del 3 giugno 2010 [\(8\)](#), se quindi i soci «*limitandosi a non agire in giudizio possono ottenere - sempre che nessun altro impugni - una sorta di definitività del bilancio in ipotesi di illegittimo, come del resto possono approvarlo, non pare potersi affermare che la materia sia di per sé indisponibile*» e, quindi, la materia è compromettibile in arbitri, ai sensi dell'[art. 34](#) D.Lgs. n. 5/2003.

Vi è però una ristretta categoria di vizi che si differenzia dalle categorie dell'annullabilità e della nullità sia per l'assenza di termini di decadenza per la proposizione dell'azione, sia per la sua

rilevabilità anche d'ufficio da parte del giudice. Il riferimento è alle delibere che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili (9), per le quali si parla di «*nullità insanabili*». Rispetto a tali vizi il legislatore ha deliberatamente scelto di non lasciare alla disponibilità delle parti la facoltà di determinare il loro consolidamento.

L'area della non compromettibilità deve essere quindi ristretta all'assoluta indisponibilità del diritto e quindi alle sole delibere viziate da nullità insanabili. Tale conclusione è fatta propria da una recente ordinanza della Corte di legittimità (10), nella quale la Cassazione stabilisce che «*attengono a diritti indisponibili le controversie aventi ad oggetto delibere di assemblee societarie aventi oggetto illecito o impossibile che danno luogo a nullità rilevabile anche d'ufficio da parte del giudice*».

Giova aggiungere che, prima dell'introduzione del criterio dell'indisponibilità ad opera dell'art. 34 del D.Lgs. n. 5/2005, un ulteriore criterio utilizzato dalla dottrina e dalla giurisprudenza per individuare l'area della compromettibilità di una delibera assembleare, era quello della natura dell'interesse violato dalla deliberazione. Il coinvolgimento di interessi non individuali (del socio), definiti interessi «*superindividuali*» in quanto facenti capo a terzi o alla società intesa come ente autonomo rispetto ai soci, determinerebbe l'impossibilità di sottoporre l'impugnazione di una delibera ad un collegio arbitrale.

A mente di tale criterio alcune sentenze, anche della suprema Corte (11), avevano in passato ritenuto non compromettibile e devolvibile al giudizio arbitrale l'impugnativa della delibera di approvazione del bilancio sul presupposto che essa risultasse inficiata da una irregolare destinazione a riserva oltre il limite minimo stabilito dalla legge con conseguente mancata distribuzione degli utili. Tale criterio è stato però oggetto di numerose critiche fondate sull'incertezza della nozione di interesse e sulla molteplicità delle posizioni soggettive che possono essere riflesse in una delibera.

Tale criterio è stato fatto proprio anche da altre pronunce della Suprema Corte, successive all'intervento legislativo del 2005, che ricollegano l'area dell'indisponibilità a quella degli interessi superindividuali. In particolare, secondo i Giudici della Suprema Corte (12), possono formare oggetto di compromesso le controversie in materia societaria, con esclusione di quelle che hanno ad oggetto interessi della società o che concernono la violazione di norme poste a tutela dell'interesse dei soci o dei terzi, con la conseguenza che «*l'area dell'indisponibilità deve ritenersi circoscritta a quegli interessi protetti da norme inderogabili, la cui violazione determini una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte, quali le norme dirette a garantire la chiarezza e la precisione del bilancio di esercizio*».

La predetta pronuncia pare porsi in contrasto con un orientamento della stessa Suprema Corte (13), richiamato in numerose sentenze del Tribunale di Milano (14), che ha chiarito che «*l'area*

dell'indisponibilità è più ristretta di quella degli interessi genericamente superindividuali» e, più in generale, con il concetto, sopra illustrato, di restrizione del campo della non compromettibilità in arbitri di impugnazioni di delibere di approvazione del bilancio.

Conclusioni

È opinione di chi scrive che l'orientamento volto a consentire la devoluzione ad arbitri di controversie aventi ad oggetto delibere di approvazione del bilancio d'esercizio sia più convincente, ed è nostro auspicio che la questione possa essere definitivamente chiarita con una Sentenza della Corte di Cassazione a sezioni unite.

Occorre da ultimo evidenziare come la questione della compromettibilità in arbitri riguardi necessariamente i soggetti che aderiscono al contratto sociale, quali i soci, gli amministratori e i sindaci della società, naturalmente nella misura in cui lo Statuto contenga una clausola compromissoria.

Ne consegue che l'impugnazione di una delibera di approvazione del bilancio da parte di chi vi abbia interesse (ai sensi dell'[art. 2379](#) c.c.) e che non sia parte del contratto sociale, non è soggetta alla competenza arbitrale. È quindi in astratto possibile la contemporanea pendenza di due giudizi con identico *petitum* (e cioè l'impugnazione della delibera di approvazione del bilancio) correttamente promossi l'uno da parte di un socio avanti un organo arbitrale, e l'altro da parte di un soggetto estraneo al contratto sociale, avanti un giudice togato. Tale eventualità, insieme al fatto che si determinerebbe la competenza del giudice non in base all'oggetto della domanda, ma in virtù del soggetto che promuove l'azione e al fatto che potrebbe crearsi una disparità di trattamento tra terzi e soci rispetto alla medesima delibera e al medesimo vizio, ha indotto taluno [\(15\)](#) a sostenere la non compromettibilità di impugnative di delibere assembleari viziata da nullità. In realtà, lungi (a parere dell'autore) dal poter avere questi effetti dirompenti, questa circostanza costituisce, indubbiamente, motivo di notevoli dubbi applicativi ed interpretativi riguardo, ad esempio, alla possibilità che le due impugnazioni vengano riunite ex [art. 2378](#), quinto comma, c.c. [\(16\)](#), oppure che il giudizio arbitrale venga sospeso ai sensi dell'[art. 819-ter](#), c. proc. Civ., con la conseguenza che si possa facilmente produrre un conflitto di giudicati.

Note:

[\(1\)](#) Il D.Lgs. n. 5/2013, che aveva introdotto il tanto criticato «rito societario», è stato abrogato quasi interamente ad eccezione delle norme sull'arbitrato societario.

[\(2\)](#) Era da ritenersi pacifico, anche nella disciplina *ante* D.Lgs. n. [5/2003](#), che fossero compromettibili le controversie che coinvolgessero interessi individuali di singoli soci (si veda

Cassazione 23 febbraio 2005 n. 3772, nonché, in dottrina, Laura Salvaneschi, «Dall'equazione «impugnazione di bilancio = mai compromettibile», all'equazione «impugnazione del bilancio sempre compromettibile», in *Corriere Giuridico* 2011, 8, 1139).

(3) Trib. Milano 7 novembre 2013, R.G. 63299/2013 relativamente ad una decisione assembleare con la quale uno dei soci veniva escluso dalla società.

(4) Cassazione [n. 18671](#) del 30 ottobre 2012; conformi Cassazione [n. 18600](#) del 2011 e n. 8204 del 2004.

(5) Tribunale di Milano 3 giugno 2010 in *Corriere Giuridico* 2011, 8, 1137, Tribunale di Milano 11 gennaio 2011 nel procedimento R.G. 61168/2009, Tribunale di Milano sentenze del 13 dicembre 2012 nei procedimenti R.G. 48056/2001 e 48057/2011.

(6) Tribunale Milano 3 giugno 2010, *ibidem*, pag. 1138.

(7) Le delibere assembleari, ivi comprese le delibere di approvazione del bilancio, possono essere infatti oggetto di impugnativa (i) per annullabilità, ai sensi dell'[art. 2377](#) c.c., se non sono prese in conformità della legge o dell'atto costitutivo, entro novanta giorni dal deposito (per quanto riguarda nello specifico la delibera di approvazione del bilancio), della deliberazione presso l'ufficio del Registro delle Imprese, ovvero (ii) per nullità, ai sensi dell'[art. 2379](#) c.c. nei casi di mancata convocazione dell'assemblea, di mancanza del verbale o di impossibilità o illiceità dell'oggetto, entro tre anni dal deposito nel Registro delle Imprese.

(8) *Ibidem*.

(9) Art. 2379, comma 1, e art. 2479-ter comma 3.

(10) Ord. Cass. [15890/2012](#)

(11) Sent. Cass. Civ. n. 3322 del 30 marzo 1998.

(12) Cass. Civ. n. 18600 del 12 settembre 2011.

(13) Cass. 23 febbraio 2005 n. 3773.

(14) Trib Milano 5 maggio 2011 R.G. 56577/2010, Trib Mi.

(15) M. Serra «Rapporti tra la nuova disciplina dell'invalidità delle delibere assembleari di società per azioni e l'individuazione delle controversie deferibili in arbitri» in *Giur. Comm.* 2012, 226 ss.

(16) Il quale dispone che «*Tutte le impugnazioni relative alla medesima deliberazione, anche se separatamente proposte ai sensi del quarto comma dell'articolo 2377, devono essere istruite congiuntamente e decise con unica sentenza*».