

**Civile Ord. Sez. 1 Num. 22987 Anno 2019**

**Presidente: VALITUTTI ANTONIO**

**Relatore: TRICOMI LAURA**

**Data pubblicazione: 16/09/2019**

sul ricorso 17474/2015 proposto da:

Nicolini Walter, elettivamente domiciliato in Roma, Via Collazia n.2/f, presso lo studio dell'avvocato Canalini Federico, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato Bona Cesare, giusta procura a margine del ricorso;

-ricorrente -

contro

Co.tras.p.ed. Soc. coop. a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via degli Scipioni

R.G.N. 17474/2015  
Cons. Laura Tricomi

ORD  
2015  
2019

n.94, presso lo studio dell'avvocato Fiore Giovanna, rappresentata e difesa dall'avvocato Bellomi Cristina, giusta procura a margine del controricorso;

-controricorrente -

avverso la sentenza n. 1777/2015 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 24/04/2015;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 18/06/2019 dal cons. TRICOMI LAURA.

**RITENUTO CHE:**

Il Tribunale di Voghera in data 3/6/2010 emetteva un decreto ingiuntivo nei confronti di Water Nicolini per la somma di euro 43.669,67, oltre interessi e spese, a favore della COTRASPED società cooperativa a RL, somma dovuta dal Nicolini in forza di delibera assembleare assunta dalla società in data 27 giugno 2008, con la quale era stato approvato il bilancio e suddivisa tra i soci una esposizione debitoria appostata nel bilancio dell'anno 2008, ma riferibile all'esercizio 2007.

Nicolini proponeva opposizione, eccependo l'inesistenza della prova scritta del credito, oltre che l'inesistenza del credito stesso, nonché incidentalmente la nullità della delibera assembleare per omessa previa convocazione del socio.

Il Tribunale, all'esito del giudizio di opposizione, revocava il decreto ingiuntivo, ritenendo invalida l'assemblea sociale che aveva adottato la delibera posta a fondamento del procedimento monitorio, per omessa convocazione del Nicolini, sulla considerazione che, pur

avendo questi comunicato il recesso in data 29 giugno 2007, avrebbe dovuto essere convocato per l'assemblea indetta al fine di esaminare il bilancio 2007, atteso che il recesso del Nicolini avrebbe avuto effetto solo con la chiusura dell'esercizio 2007.

La Corte di appello di Milano ha accolto il gravame proposto dalla società ed ha respinto l'appello incidentale proposto da Nicolini.

Nicolini ha proposto ricorso per cassazione con quattro motivi; la società ha replicato con controricorso.

Con memoria in data 30/5/2019 si è costituito il Fallimento CO.TRAS.P.ED Società cooperativa in liquidazione depositata, comunicando che la società era fallita in data 19/1/2018 e facendo proprie le difese svolte dalla controricorrente società *in bonis*.

#### **CONSIDERATO CHE:**

1. Preliminarmente deve darsi atto che l'intervenuto fallimento della società cooperativa, comunicato con la memoria, non spiega effetto ai fini che qui interessano. In particolare, l'apertura della procedura concorsuale non integra una causa di interruzione del giudizio in sede di legittimità posto che in quest'ultimo, che è dominato dall'impulso d'ufficio, non trovano, pertanto, applicazione i comuni eventi interruttivi del processo contemplati in via generale dalla legge (Cass. n. 7477 del 23/03/2017; Cass. n. 21153 del 13/10/2010)

2.1. Passando all'esame del ricorso, si impone con priorità lo scrutinio del terzo motivo, che ha carattere pregiudiziale.

Con detto motivo è stata ribadita l'eccezione di invalidità della procura rilasciata dalla società per il procedimento monitorio e la conseguente nullità dell'atto introduttivo, perché sottoscritto dal solo presidente della cooperativa, nonostante ai sensi dell'art.41 dello Statuto la rappresentanza legale in giudizio spettasse a questi ed ai

due vicepresidenti. Si sostiene che la nullità denunciata non può ritenersi sanata dalla ratifica intervenuta nel giudizio di opposizione a cognizione piena, rimanendo confinata solo a tale giudizio senza potersi estendere al procedimento monitorio: ci si duole quindi della violazione degli artt.638 e 83 cod. proc. civ. da parte della Corte di appello.

2.2. La censura è infondata.

2.3. È pacifico, non contestandolo la resistente nel controricorso, che la procura relativa al decreto ingiuntivo era stata rilasciata dal solo presidente, ma è altrettanto pacifico che detta procura era stata regolarizzata, ex art. 182 cod. proc. civ., mediante il rilascio della stessa con la doppia firma statutariamente richiesta. Orbene – attesa l'unitarietà del procedimento per ingiunzione, nel quale l'opposizione costituisce il prosieguo, aprendo la fase a cognizione piena del procedimento instaurato con la richiesta di provvedimento monitorio, della precedente fase a cognizione sommaria – è evidente che qualsiasi vizio di costituzione o di rappresentanza può essere sanato, ai sensi dell'art. 182 cod. proc. civ., nel corso del giudizio di opposizione. L'assunto del ricorrente – secondo il quale «il procedimento monitorio si è perfezionato e concluso con l'emissione del decreto» – potrebbe reputarsi corretto solo se all'emissione del provvedimento di ingiunzione non facesse seguito l'opposizione del debitore ingiunto, giacché – in tale ipotesi – la vicenda processuale troverebbe il suo epilogo nell'ambito del procedimento sommario in parola. Nel caso concreto, essendosi aperta la fase a cognizione piena, la produzione, da parte della Cooperativa opposta, di una nuova valida procura nella comparsa di risposta vale – per le ragioni esposte – a sanare il vizio di rappresentanza della fase monitoria (Cass. n. 4780 del 26/2/2013).

3.1. Vanno quindi esaminati i restanti motivi di ricorso.

3.2. Con il primo motivo si denuncia la violazione dell'art.2479 ter, primo comma, cod. civ., applicato nel caso in esame dalla Corte territoriale, e si sostiene che avrebbe dovuto essere applicato l'art.2479 ter, terzo comma, cod. civ. La critica si appunta sulla statuizione che ha ritenuto che, in caso di omessa convocazione del socio, non ricorreva la nullità della delibera, ma solo la possibilità di annullarla mediante impugnazione nel termine di novanta giorni dalla trascrizione.

3.3. Con il secondo motivo si denuncia la violazione degli artt.1 e 2 del d.lgs. n.231/2002, relativo alla lotta contro i ritardi nei pagamenti. A parere del ricorrente alla fattispecie in esame non era applicabile il d.lgs. cit., relativo al saggio degli interessi moratori, non trattandosi di un credito derivante da una transazione commerciale, mentre la Corte di appello, confermando il decreto ingiuntivo, ne ha ribadito l'applicazione.

3.4. Con il quarto motivo si denuncia la violazione degli artt. 633, 634 e 164 cod. proc. civ. Il ricorrente lamenta che il decreto ingiuntivo sarebbe stato emesso senza la prova scritta dell'esistenza del credito e, all'uopo, rappresenta che nel verbale di assemblea in data 27 giugno 2008, prodotto come prova scritta, non compariva il proprio nome, nonostante la presenza dell'intero capitale sociale, e che la nullità del titolo ai sensi dell'art.1421 cod. civ. poteva essere rilevata anche d'ufficio dal giudice, rientrando nei compiti di indagine in ordine alla sussistenza delle condizioni dell'azione.

Lamenta anche la nullità assoluta dell'atto introduttivo del giudizio, il ricorso per decreto ingiuntivo, per la mancata esposizione dei fatti.

4.1. I motivi primo e quarto possono essere trattati congiuntamente per connessione e vanno accolti perché fondati.

4.2. E' del tutto pacifico tra le parti – essendo stata tale circostanza anche ammessa in giudizio dalla COTRASPED (v. fol. 9 della sent. imp.) – che al Nicolini era stata omesso l'avviso di convocazione per l'assemblea del 26 giugno 2008, sebbene il medesimo fosse certamente interessato a partecipare a tale assemblea, in qualità di socio receduto nell'anno 2007, chiamato statutariamente a ripianare le perdite sociali di quell'esercizio. La delibera in questione incideva, dunque, indiscutibilmente sui diritti dell'odierno ricorrente.

La Corte dell'appello ha escluso che ricorresse la nullità della delibera attraverso i seguenti passaggi argomentativi: segnatamente, dopo avere ricordato che la delibera assembleare presa in assenza assoluta di informazione è impugnabile nel termine di tre anni (art.2479 ter, terzo comma, cod. civ.), mentre ogni altro vizio relativo a carenze informative va ricondotto ai vizi di cd. annullabilità in relazione ai quali il termine di impugnazione è quello breve di novanta giorni previsto dall'art.2479 ter, primo comma, cod. civ., ha affermato che, nel caso di specie, il verbale dell'assemblea riferito all'anno 2007 era stato regolarmente notificato al Nicolini in data 15 luglio 2008 e che da quella data erano decorsi, inutilmente, i novanta giorni per l'impugnazione entro i quali il Nicolini avrebbe dovuto far valere il difetto di convocazione del socio.

In particolare ha statuito che la delibera non può essere considerata nulla, qualora – come nel caso – sia stata data informazione del contenuto della delibera assembleare stessa, bensì annullabile previa impugnazione nel termine anzidetto. (fol. 11/12 della sent. imp.).

4.3. Tali argomentazioni non possano essere condivise.

4.4. L'art. 2479 ter, terzo comma, cod. civ., invero, considera impugnabile nei tre anni dalla trascrizione nel libro delle decisioni dei soci di SRL «*le decisioni aventi oggetto illecito o impossibile e quelle prese in assenza assoluta di informazioni*», trattandosi di decisioni da considerarsi nulle, pure in difetto di una previsione espressa, per la sostanziale assonanza di tale forma di invalidità con quella espressamente dichiarata come dante luogo a nullità, di cui all'art. 2379 cod. civ. (dettato in tema di SPA).

Di più, ad evidenziare che si tratti di nullità in senso tecnico contribuisce, altresì, il riferimento alla legittimazione a farla valere in capo a «*chiunque vi abbia interesse*», contenuta nel terzo comma dell'art. 2479 ter cod. civ., che riproduce sostanzialmente il disposto dell'art. 1421 cod. civ., in tema di nullità contrattuali.

4.5. Invero l'interpretazione della disposizione in esame non può prescindere nemmeno dallo specifico quadro normativo previsto per le SRL, che conta plurimi e peculiari modelli decisionali: la diversa, e più ampia, locuzione «*decisioni prese ... in assenza assoluta di informazioni*» rispetto a «*mancata convocazione*», adoperata dall'art. 2379 cod. civ., è stata spiegata convincentemente – dalla dottrina – con la necessità di rendere la norma applicabile anche alle decisioni adottate in via extra-assembleare.

4.6. A conferma, va considerato – e tanto più ciò è rilevante, atteso che nel caso in esame la delibera impugnata fu adottata a seguito di consultazione assembleare – che l'art. 2479 bis cod. civ., che disciplina l'assemblea dei soci di SRL, chiaramente ed inderogabilmente prevede non solo che la convocazione vi debba essere, ma ne prescrive anche il contenuto minimo e cioè «*la tempestiva informazione sugli argomenti da trattare*», così fornendo il

criterio interpretativo alla luce del quale leggere anche l'art.2479 ter, terzo comma, cod. civ., prima esaminato.

La sinergica combinazione delle due disposizioni dimostra che l'informazione deve essere preventiva – ed infatti, l'art.2479 bis cod. civ. parla di "tempestiva informazione" e l'art.2479 ter di "decisioni prese" senza informazioni – e ne evidenzia l'imprescindibilità, qualunque sia il modello decisionale adottato, mentre risulta rimessa all'atto costitutivo solo la possibilità di disciplinare in autonomia le modalità di convocazione dell'assemblea.

4.7. A ciò va aggiunto che l'ampia formula adottata nell'art.2479 ter cod. civ. «*decisioni prese ... in assenza assoluta di informazioni*», proprio perché non è focalizzata esclusivamente sugli argomenti da trattare ex art.2479 bis cod. civ., deve ritenersi estesa anche alle informazioni sull'avvio del procedimento deliberativo, laddove non sia prevista la convocazione assembleare per la quale vige la normativa specifica.

4.8. Avvalora la tesi della nullità anche la prevista applicabilità – ex art.2479 ter, quarto comma, cod. civ - dell'art.2379 bis, cod. civ., il cui titolo reca «Sanatoria delle nullità» dettato per le SPA: tale disposizione prevede, al primo comma, che l'impugnazione della deliberazione invalida per mancata convocazione non può essere esercitata da chi anche successivamente abbia dichiarato il suo assenso allo svolgimento dell'assemblea, così esplicitando, da un lato, che tale difetto è causa di nullità, e dall'altro prevedendo - non tanto una sanatoria ma – la preclusione all'impugnazione per il socio che abbia dichiarato il suo assenso, anche successivo, allo svolgimento dell'assemblea.

4.9. In sintesi, il legislatore, pur consentendo che i soci della SRL possano scegliere tra una pluralità dei modelli decisionali, ha posto

come cardini imprescindibili per la corretta formazione della volontà sociale deliberativa due elementi, e cioè la informazione preventiva dei soci in merito all'avvio del procedimento deliberativo e l'informazione sugli argomenti da trattare, ed ha sanzionato con la nullità l'inosservanza di tali prescrizioni.

In proposito giova ricordare che le Sezioni Unite, affrontando il tema della invalidità delle delibere assembleari di SRL per difetti concernenti la convocazione, hanno chiarito, per quanto interessa il presente giudizio, che la convocazione non solo deve essere spedita anteriormente, ma deve, comunque essere ricevuta prima della assemblea di modo da consentire un consapevole esercizio del potere deliberativo (Cass. Sez. U. 23218 del 14/10/2013).

4.10. Ulteriore conferma si ritrae, infine, proprio dall'art.2479 ter, primo comma, cod. civ., in quanto la facoltà di impugnazione nel termine breve è attribuita ai soci che non hanno consentito alla deliberazione, ossia ai soci assenti, astenuti e, naturalmente, a quelli dissenzienti, tra i quali non è possibile far rientrare i soci non avvisati, poiché la loro mancata comparizione non può assumere la veste di una sciente assenza, né ancor meno di una forma di astensione o di dissenso.

4.11. Si deve ora tornare al caso in esame, ove – si ribadisce – la volontà sociale si era formata all'esito di una consultazione assembleare della quale il Nicolini non aveva avuto alcuna informazione preventiva, né in merito alla convocazione, né in merito all'argomento all'ordine del giorno.

4.12. La questione è stata risolta in sede di gravame mediante il raffronto tra "l'assenza assoluta di informazione", sanzionata con una invalidità di lungo termine, e "le carenze informative" , considerate

soggette al termine più breve di novanta giorni, termine, nel caso, già vanamente decorso.

Premesso che, in assenza di una espressa previsione normativa di riferimento e di una esplicitazione più puntuale a cura della Corte di appello, si deve ritenere che questa abbia inteso ricondurre le carenze informative genericamente nell'alveo delle decisioni prese "non in conformità con la legge o con l'atto costitutivo", il problema si incentra, pertanto, sul significato da attribuire alla espressione «assenza assoluta di informazioni», contenuta nel citato comma terzo dell'art. 2479 ter cod. civ.

Alla luce della pregressa ricostruzione normativa tale espressione sicuramente ricomprende anche il mancato avviso della convocazione ed impone per le ragioni esposte di ricondurre la fattispecie in esame entro la disciplina dell'art.2479 ter, terzo, cod. civ.

4.13. Invero anche la dottrina e la giurisprudenza di merito non dubitano che, nell'ambito della nullità ivi configurata, rientri il caso in cui uno o più soci non abbiano ricevuto l'avviso di convocazione assembleare. In tal senso si è sempre espresso, del resto, il tradizionale insegnamento di questa Corte, laddove ha ripetutamente affermato che la omessa convocazione (di tutti o di alcuni) dei soci, comportando la mancanza, in concreto, di un elemento essenziale dello schema legale della deliberazione assembleare, determina l'inesistenza giuridica di quest'ultima, laddove la irregolarità, o il vizio, che infici la convocazione, non determina la stessa conseguenza, ma la mera annullabilità della deliberazione (Cass. n.11186 del 22/8/2001; Cass. n. 9364 dell'11/6/2003; Cass. n. 18845 del 26/9/2016). Tuttavia a tali decisioni – emesse con riferimento alla disciplina giuridica precedente alla riforma delle società di capitali – hanno fatto seguito altre pronunce, emesse nella

vigenza della nuova normativa, che hanno confermato che il difetto assoluto di informazione (con riferimento alla SRL) dà luogo a nullità rilevabile anche dal giudice d'ufficio, ex art. 2479 ter, terzo comma, cod. civ. (Cass. n.16265 del 27/6/2013; Cass. n.27736 del 31/10/2018). Il fatto che tale ultima pronuncia abbia affermato la deferibilità delle controversie inerenti a tale nullità agli arbitri, trattandosi di diritti disponibili, in virtù della previsione di cui all'art. 2379 bis cod. civ. (ipotesi non ricorrente nel caso di specie), non immuta la conclusione che sempre di nullità si tratti, anche se – per la disponibilità dell'azione – la relativa domanda può essere sottoposta agli arbitri. E' invero, assolutamente pacifico che il ricorso all'arbitrato non è escluso, in linea di principio, per le questioni attinenti alla nullità dei contratti, vertendosi in materia di diritti disponibili (Cass. n.15941 del 19/12/2000; Cass. n.3975 del 27/12/2004), essendo certamente disponibile il diritto a far valere la nullità di un contratto o di una delibera. In particolare, tale ultima decisione ha ben chiarito che il limite della indisponibilità dei diritti non va confuso con quello della inderogabilità della normativa sostanziale applicabile al caso controverso, e che dà luogo a nullità. In altri termini, sebbene la questione sia deferita agli arbitri, sempre di nullità si tratta. In tal senso, la dottrina – nel commentare la disposizione dell'art. 2379 bis. cod. civ., secondo cui «l'impugnazione della deliberazione invalida per mancata convocazione non può essere esercitata da chi anche successivamente abbia dichiarato il suo assenso allo svolgimento dell'assemblea», richiamata dall'ultimo comma dell'art. 2479 ter cod. civ. – ha, sostanzialmente in conformità a quanto affermato da questa Corte nelle decisioni succitate, sostenuto che la norma dell'art. 2379 bis, ad onta della rubrica, non rappresenta un'ipotesi di sanatoria della deliberazione.

L'assenso produce, invero, il solo effetto di precludere al suo autore l'impugnazione dell'atto, sicchè ove tale atto sia impugnato da altri soggetti, gli effetti della nullità dichiarata avrà effetto anche nei confronti <sup>del ricorso</sup> nei cui confronti l'impugnazione era stata preclusa dal consenso prestato alla delibera invalida.

4.14. Per tali complessive ragioni l'assunto del ricorrente risulta fondato ed i motivi vanno accolti, giacchè la Corte territoriale avrebbe dovuto esaminare la omessa convocazione per l'assemblea alla luce dell'art.2473 ter, comma terzo, cod. civ. e, conseguentemente, vagliare la ricaduta della nullità della delibera sull'assolvimento degli oneri probatori in forma scritta nel procedimento monitorio ex artt. 633 e 634 cod. proc. civ.

5. Il secondo motivo rimane assorbito dall'accoglimento dei motivi primo e quarto.

4. In conclusione vanno accolti i motivi primo e quarto del ricorso, assorbito il secondo ed infondato il terzo; la sentenza impugnata va cassata con rinvio alla Corte di appello di Milano in diversa composizione per l'applicazione dei principi espressi e la statuizione sulle spese anche del presente giudizio.

**P.Q.M.**

- Accoglie i motivi primo e quarto del ricorso, assorbito il secondo ed infondato il terzo; cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte di appello di Milano in diversa composizione anche per le spese.

Così deciso in Roma, il giorno 18 giugno 2019.