

**N. R.G. 18561-1/2018**

**N. R.G. 18561-3/2018**



**TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO**

**SEZIONE SPECIALIZZATA IN MATERIA DI IMPRESA B**

**VERBALE DEI PROCEDIMENTI CAUTELARI N. R.G. 18561-1/2018 e 18561-3/2018**

tra

**VIVENDI SA**

**ATTRICE NEL PROCEDIMENTO N. RG 18561/2018 RICORRENTE NEL  
SUBPROCEDIMENTO CAUTELARE N. RG 18561-1/2018**

**CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE DI TIM SPA**

**ARNAUD ROY DE PUYFONTAINE**

**HERVÈ PHILIPPE**

**MARELLA MORETTI**

**CAMILLA ANTONINI**

**FREDERIC RAYMOND CRÉPIN**

**ATTORI NEL PROCEDIMENTO RIUNITO N. RG 18639/2018 RICORRENTI NEL  
SUBPROCEDIMENTO CAUTELARE N. RG 18561-3/2018**

e

**COLLEGIO SINDACALE DI TELECOM ITALIA SPA**

**GIANLUCA PONZELLINI**

**ROBERTO CAPONE**

**GABRIELLA CHERSICLA**

**UGO ROCK**

**VINCENZO CARIELLO**

**TIM SPA**

**CONVENUTI NEI PROCEDIMENTI RIUNITI E RESISTENTI IN ENTRAMBI I  
SUBPROCEDIMENTI CAUTELARI**

**ELLIOTT ASSOCIATES LP**

**THE LIVERPOOL LIMITED PARTNERSHIP**

**ELLIOTT INTERNATIONAL LP**

**INTERVENUTE NEI SUBPROCEDIMENTI CAUTELARI**

Oggi **20 aprile 2018**, alle ore 11.15, innanzi al g.i., sono comparsi:

- per l'attrice VIVENDI SA gli avvocati MODULO, BERNAVA, MAUGERI, ANTONIO DONATO in sostituzione dell'avv. MARTUCCELLI, SCASSELLATI SFORZOLINI, EMANUELE e RAINELLI;



- per gli altri attori gli avvocati GATTI, PAVESI, BIANCHI, VERZONI e ZOPPINI, nonché personalmente i dottori FRANCO BERNABE', vice presidente del CDA attore, e MARELLA MORETTI, attrice;
- per il convenuto COLLEGIO SINDACALE e per i convenuti membri del COLLEGIO, GIANLUCA PONZELLINI, ROBERTO CAPONE, GABRIELLA CHERSICLA, UGO ROCK e VINCENZO CARIELLO, gli avvocati SACCHI, GALBIATI, TRECCANI e ABRIANI, nonché personalmente tutti i convenuti;
- per la convenuta TIM SPA gli avvocati NICOLETTI e GARIBOLDI;
- per le intervenute (d'ora in avanti anche solo ELLIOTT) gli avvocati TRISCORNIA, VILLATA, D'AMANZO, GILIBERTI, EREDE, SALVANESCHI, SUCCI e PRATELLI;
- personalmente i membri del CDA non ricompresi tra gli attori, i dottori LUCIA CALVOSA, DARIO FRIGERIO, DANILO VIVARELLI, FERRUCCIO BORSANI.

Su richiesta di chiarimenti del g.i. quanto alla compatibilità del secondo punto dell'o.d.g. integrato con l'operatività della clausola *simul stabunt simul cadent*:

- la difesa di ELLIOTT precisa che la sostituzione degli amministratori di cui al secondo punto dell'o.d.g. dovrebbe operare con scadenza alla data del 4 maggio 2018, in tal senso nessuna norma esplicita di sistema impedendo la sostituzione parziale del CDA in presenza di una clausola *simul stabunt simul cadent*;
- la difesa del COLLEGIO SINDACALE precisa che gli amministratori che dovessero essere nominati all'assemblea del 24 aprile 2018 subentrerebbero comunque nella posizione di quelli revocati e quindi verrebbero anch'essi coinvolti nella sostituzione dell'intero organo, già posta all'o.d.g. dell'assemblea del 4 maggio 2018;
- la difesa di ELLIOTT precisa che la formulazione della proposta di delibera di cui alla sollecitazione di deleghe per l'assemblea del 24 aprile 2018 (cfr. doc. 16 VIVENDI SA) è coerente con l'originaria richiesta di integrazione dell'o.d.g. e con la connessa relazione illustrativa, testi tutti formulati a loro volta prima delle dimissioni in blocco dei consiglieri del 22 marzo 2018; precisa ancora che l'inserimento di tale proposta di delibera nella sollecitazione di deleghe è stata espressamente richiesta dal TIM SPA come da doc. 51 di ELLIOTT.

La difesa di VIVENDI SA insiste nelle proprie conclusioni, in particolare:

- quanto alle esigenze cautelari richiama i provvedimenti di questo Tribunale datati 29 marzo 2012 e 23 febbraio 2015, in riferimento in particolare allo scenario derivante dall'approvazione della delibera proposta da ELLIOTT sulla posizione del socio VIVENDI e quindi alla indispensabilità di un provvedimento cautelare che tuteli in via preventiva tale posizione;
- ribadisce la non integrabilità dell'o.d.g. in riferimento ad oggetto illecito, nonché la non competenza del COLLEGIO SINDACALE ad integrare l'odg una volta che tale integrazione era stata motivatamente rifiutata dal CDA;
- sottolinea la non sindacabilità delle motivazioni delle dimissioni dei membri del CDA;
- ribadisce l'impossibilità di sostituzione di una parte del CDA una volta che sia operante la clausola *simult stabunt simul cadent*;
- ribadisce l'interpretazione dell'art. 9.10 dello Statuto già illustrata negli atti difensivi;
- eccepisce l'inammissibilità dell'intervento di ELLIOTT, realizzato solo nel sub-procedimento cautelare e non nella causa di merito, ciò anche in violazione della disciplina specifica ex art. 2378 cc.



La difesa degli altri attori insiste nelle proprie conclusioni, in particolare:

- si associa all'eccezione di inammissibilità dell'intervento di ELLIOTT svolta dalla difesa di VIVENDI SA;
- sottolinea le incongruenze tra l'odierna prospettazione di ELLIOTT quanto alla scadenza al 4 maggio 2018 dei membri del CDA che fossero sostituiti il 24 aprile 2018 e il tenore delle proposte di voto sottoposte ai sindaci nella seconda richiesta di integrazione, nonché del parere del legale di ELLIOTT;
- ribadisce che l'inesco della clausola *simul stabunt simul cadent* comporta la necessità di sostituzione dell'intero CDA, senza possibilità di sostituzione parziale dei membri del CDA;
- richiama il chiaro tenore letterale dell'art. 126bis TUF;
- ribadisce la liceità delle dimissioni rassegnate il 22 marzo 2018;
- sottolinea come l'effetto sulla struttura organizzativa dell'ente delle dimissioni degli amministratori non sia comunque eliminabile.

Il g.i. a questo punto sente gli amministratori e i sindaci di TIM SPA:

- il dott. BERNABE' sottolinea che la conflittualità innescata è potenzialmente produttiva di danni all'ente, la cui struttura richiede coesione, per questo motivo è indispensabile una pronuncia chiarificatrice del Tribunale;
- la dott.ssa MORETTI ribadisce la propria convinzione sul fatto che un rinnovo integrale del CDA sia indispensabile per lo sviluppo della società e per conferire stabilità alla struttura dell'ente, da ciò la ragione delle sue dimissioni;
- la dott.ssa CALVOSA sottolinea che la riunione del 22 marzo 2018 si è svolta in modo inadeguato come risulta dalla trascrizione del relativo verbale, in particolare non essendosi richiesta la pronuncia dei singoli componenti del CDA sulla integrazione o meno dell'odg; sottolinea il carattere peculiare delle modalità di presentazione delle dimissioni del 22 marzo 2018, modalità del tutto abusive; sottolinea ancora il conflitto di interessi non dichiarato dei consiglieri "revocandi" nell'assumere la decisione di non integrazione dell'o.d.g.;
- il dott. DARIO FRIGERIO si riporta a quanto già espresso dalla dott.ssa CALVOSA e ribadisce che il procedimento deliberativo del 22 marzo 2018 è parso lacunoso e tale da farne dedurre una complessiva preordinazione;
- il dott. DANILO VIVARELLI si riporta a quanto espresso dal dott. FRIGERIO, e così pure il dott. BORSANI;
- il dott. ROBERTO CAPONE, quale Presidente del COLLEGIO SINDACALE, ribadisce che l'andamento del CDA del 22 marzo 2018 è stato caratterizzato da tale inerzia sostanziale quanto alla richiesta di integrazione dell'o.d.g. da rendere necessario l'intervento del COLLEGIO SINDACALE, che sottolinea essere stato preso all'unanimità, unanimità che del resto ha quasi sempre caratterizzato l'azione del COLLEGIO, i cui numerosi interventi sono esplicitati nelle relazioni prodotte;
- gli altri membri presenti del COLLEGIO SINDACALE si riportano alle dichiarazioni del Presidente.

La difesa del COLLEGIO SINDACALE insiste nelle proprie conclusioni, in particolare:

- ribadisce che l'intervento del COLLEGIO SINDACALE è stato necessitato dall'andamento lacunoso del CDA del 22 marzo 2018, che lo imponeva, a pena di responsabilità dello stesso COLLEGIO;



- richiama quanto indicato dallo stesso DE PUYFONTAINE all'inizio della riunione del CDA del 22 marzo 2018 sulla non utilizzabilità del voto di lista per la sostituzione degli amministratori revocandi;
- ribadisce che nel testo dell'art. 9.10 dello Statuto non vi è deroga espressa della disciplina legale quanto al momento della cessazione dalla carica degli amministratori i quali, dimettendosi, abbiano innescato l'operatività della clausola;
- sottolinea che ove l'integrazione non fosse stata disposta ne sarebbe scaturita l'invalidità di tutte le delibere dell'assemblea del 24 aprile 2018, ivi comprese quelle di approvazione del bilancio, con conseguente pregiudizio per l'ente;
- ribadisce l'inammissibilità della impugnazione di delibera del COLLEGIO SINDACALE e in ogni caso l'insussistenza del *periculum*;
- ribadisce che la maggioranza dei consiglieri indipendenti e l'intero COLLEGIO SINDACALE, altro organo indipendente, ha preso una posizione univoca quanto alla necessità di procedere alla integrazione richiesta dai soci ELLIOTT.

La difesa delle intervenute si riporta alle conclusioni già svolte, in particolare:

- contesta l'eccezione di inammissibilità dell'intervento di ELLIOTT, da considerare anzi litisconsorte necessario anche in riferimento alle domande subordinate degli attori, in ogni caso l'intervento in fase cautelare essendo ammissibile ove non sia svolta alcuna richiesta di contro-cautela;
- ribadisce le eccezioni già svolte quanto alla inammissibilità della impugnazione di delibera del COLLEGIO SINDACALE, quanto al difetto di legittimazione degli attori, quanto alla inammissibilità anche delle domande subordinate degli attori;
- ribadisce il carattere palesemente abusivo della condotta dei consiglieri dimissionari, con conseguente inapplicabilità della clausola ex art. 9.10 dello Statuto in dipendenza delle loro dimissioni, secondo la reazione dell'ordinamento che nega all'autore dell'abuso il raggiungimento dello scopo abusivo;
- sottolinea che da un comportamento illegittimo non può scaturire alcun effetto giuridico, in particolare quello di comprimere un diritto altrui;
- ribadisce la non configurabilità di *periculum*.

La difesa di TIM SPA si riporta alle conclusioni e alle difese già svolte nella memoria depositata in data odierna.

La difesa di VIVENDI SA:

- contesta le fondatezza delle affermazioni avversarie in tema di abusività delle dimissioni dei consiglieri, tema tra l'altro non oggetto di valutazione da parte del COLLEGIO SINDACALE;
- ribadisce che la sostituzione prevista dall'o.d.g. integrato contrasta con la clausola *simul stabunt simul cadent*;
- ribadisce l'ammissibilità dell'impugnazione delle delibere del Collegio Sindacale laddove le stesse abbiano valenza gestoria o comunque incidano su situazioni giuridiche altrui;
- quanto al *periculum*, richiama la giurisprudenza di questo Tribunale in tema di interpretazione dell'art. 2378, comma 4°, cc.

La difesa degli altri attori:



- deposita in copia cartacea, a ciò autorizzata dal g.i., il verbale della riunione del CDA del 22 marzo 2018, approvato nell'ultima riunione del CDA cui hanno partecipato anche i Sindaci, verbale dal quale risulta la specifica approvazione da parte del CDA della decisione di non provvedere alla integrazione dell'o.d.g. richiesta da ELLIOTT;
- contesta la configurabilità di pericolo che la delibera di approvazione del bilancio possa essere inficiata da invalidità derivata per essere stata adottata nel corso di assemblea il cui o.d.g. non sia stato integrato;
- sottolinea la funzione organizzativa della clausola *simul stabunt simul cadent*.

Il Giudice

si riserva di provvedere.

Il Giudice

*Elena Riva Crugnola*

Successivamente,

il g.i

a scioglimento della riserva di cui al verbale che precede;

OSSERVA

#### **A. La vicenda di fatto.**

La vicenda in discussione è pacifica tra le parti quanto ai suoi snodi, potendo essere così schematizzata:

**6.3.2018** il CDA di TIM SPA delibera la convocazione di assemblea dei soci per il 24.4.2018 (doc.5 attrice)

**14.3.2018** i soci di TIM SPA -ELLIOTT INTERNATIONAL LP, ELLIOTT ASSOCIATES LP e THE LIVERPOOL LIMITED PARTENERSHIPS (d'ora in avanti anche solo **ELLIOTT**)- formulano tempestivamente **richiesta di integrazione ex art. 126bis TUF dell'odg dell'assemblea del 24.4.2018 per due punti** (doc.2 attori <sup>1</sup>):

- *“revoca di 6 amministratori nelle persone di ARNAUD ROY DE PUYFONTAINE, HERVE' PHILIPPE, FREDERIC CREPIN, GIUSEPPE RECCHI, FELICITE' HERZOG e ANNA JONES”*
- *“nomina di sei amministratori nelle persone di FULVIO CONTI, MASSIMO FERRARI, PAOLA GIANNOTTI DE PONTI, LUIGI GUBITOSI, DANTE ROSCINI e ROCCO SABELLI, in sostituzione di quelli revocati ai sensi del precedente punto”;*

allegando relazione nella quale, tra l'altro, la richiesta è così illustrata:

---

<sup>1</sup> I medesimi documenti sono stati prodotti da più parti, le citazioni nel testo si riferiscono alla produzione di una sola parte per economia di redazione.



VIVENDI *dirige e coordina* TELECOM con meno di un quarto del suo capitale<sup>1</sup>. I 2/3 degli amministratori sono attualmente di nomina VIVENDI che ha dunque il pieno controllo del consiglio di amministrazione di TELECOM.

Crediamo che alcuni membri di questo consiglio di amministrazione siano focalizzati sugli interessi particolari del socio VIVENDI a discapito dei restanti azionisti.

La sostituzione degli amministratori di nomina VIVENDI con nuovi consiglieri – pienamente indipendenti, di elevata professionalità e maggiormente rappresentativi dell'azionariato – è l'unico strumento per ripristinare una adeguata *governance* della SOCIETÀ, imprimerle un chiaro indirizzo strategico e ristabilire una proficua relazione con le Autorità italiane (fattore fondamentale in un *business* regolato).

Per fare emergere il valore di TELECOM ad oggi inespresso, è necessaria una discontinuità, che potrà essere realizzata in sede assembleare con il concorso di tutti gli azionisti che, come noi, dissentono profondamente dalla gestione VIVENDI.

I.

22.3.2018 il CDA, con l'astensione dei sei membri RECCHI, BORSANI, CALVOSA, CORNELLI, FRIGERIO, VIVARELLI:

*"1. prende atto delle dimissioni dei consiglieri ARNAUD ROY DE PUYFONTAINE, CAMILLA ANTONINI, FREDERIC CREPIN, FELICITE' HERZOG, ANNA JONES, MARELLA MORETTI, HERVE' PHILIPPE con decorrenza dal 24.4.2018 e del consigliere GIUSEPPE RECCHI con decorrenza dalla chiusura dei lavori di questo Consiglio, e pertanto prende atto che risulta integrata la fattispecie di cui all'art.9.10 dello Statuto";*

*"2.consequentemente si astiene dall'integrare l'agenda di lavori assembleari del 24.4.2018, ritenendo la richiesta di ELLIOTT superata"*

*"3.convoca una separata assemblea per la nomina del nuovo CDA da tenersi il 4.5.2018"*

(docc. attori: 3, dichiarazione del segretario del cda; 4, comunicato stampa; produzione in udienza, testo definitivo del verbale della riunione del cda;

docc. convenuti sindaci: 5a, trascrizione della riunione; 5b, bozza verbale)

23.3.2018 ELLIOTT indirizza al COLLEGIO SINDACALE (d'ora in avanti anche solo CS) la richiesta di integrazione dell'odg *"da noi formulata in data 14.3.2018"*, precisando il primo punto dell'odg *"revoca di amministratori (nella misura necessaria in funzione della cronologia delle dimissioni intervenute nel corso della riunione consiliare del 22 marzo u.s. ai sensi dell'art.2385, primo comma, cc)"* e affermando l'inapplicabilità dell'art.9.10 dello Statuto, le dimissioni di consiglieri in blocco del 22.3.2018 essendo *"manifestamente abusive"* in quanto volte ad impedire agli azionisti di TIM SPA il voto sulle proposte di ELLIOTT (doc.11 attrice)

27.3.2018 il CS emette comunicato stampa dando atto della **decisione del Collegio** in tale data



di **provvedere alla integrazione dell'odg richiesta da ELLIOTT** (doc.8 attori)

- 28.3.2018** ELLIOTT emette comunicato stampa nel quale dà atto della decisione del CS e precisa di ritenere che *“laddove i soci dovessero sostenere la proposta di Elliott di ripristinare un Consiglio di Amministrazione pienamente autonomo e indipendente nella prossima AGM del 24 aprile, non debba tenersi un'ulteriore assemblea dei soci il 4 maggio”* (doc.13 attrice)
- 30.3.2018** il Presidente del CS trasmette a TIM SPA Relazione illustrativa del Collegio (doc.11 attori)
- 9.4.2018** il CDA, sulla scorta dei pareri resi dai proff. MARCHETTI, PORTALE e SACCHI, delibera a maggioranza, con il voto contrario di BORSANI, CALVOSA, CORNELLI, FRIGERIO e VIVARELLI, di dissociarsi dalla decisione del CS e di intraprendere azioni legali  
(docc. attori: 14, comunicato cda; 15, 16, 17, pareri per CDA; 12 appunto legale fornito al Collegio sindacale da ELLIOTT)
- 9.4.2018** ELLIOTT diffonde sollecitazione di deleghe per l'assemblea del 24 aprile 2018 su proposta di voto favorevole ai due punti dell'odg inseriti dal CS, proposta nella quale la delibera di nomina di sei amministratori è accompagnata dalla precisazione: *“i quali resteranno in carica sino alla scadenza del mandato dell'attuale Cda e dunque finno all'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio al 31.12.2019”* (doc.16 attrice)
- 9.4.2018** VIVENDI SA deposita la propria lista di candidati alla carica di amministratore per l'assemblea del 4.5.2018, lista ricomprensente, tra gli altri, i consiglieri dimessisi DE PUYFONTAINE, MORETTI, CREPIN, JONES, ANTONINI (doc.34 ELLIOTT)
- 11.4.2018** i consiglieri dissenzienti rispetto alla delibera del CDA del 9.4.2018 emettono comunicato, nel quale espongono di condividere il provvedimento del Collegio sindacale, definendo un *monstrum* la prospettata impugnazione della delibera del CS e affermando che la delibera del CDA del 22.3.2018 *“è stata adottata in violazione dei commi 1 e 2 dell'art.2391 cc e per di più con il voto determinante dei consiglieri in conflitto d'interessi (perché contrari all'integrazione avente ad oggetto la loro revoca)”* (doc. 19 attori)
- 12.4.2018** il CS inoltra propria comunicazione a CONSOB (doc.17 convenuti sindaci)
- 13.4.2018** l'attrice **VIVENDI SA e gli attori,**  
**il CDA di TIM SPA in persona del Vice Presidente FRANCO BERNABE' nonché, in proprio, gli amministratori DE PUYFONTAINE, ANTONINI, CREPIN, PHILIPPE e MORETTI,**  
**iscrivono a ruolo le due cause n.18561/2018 e n.18639/2018 RG, riguardanti ciascuna in via principale l'impugnazione della deliberazione del CS del 27.3.2018, e contestualmente depositano due ricorsi cautelari per ottenere, in via principale, la sospensione della medesima delibera nonché due ricorsi per la nomina di curatore speciale ex art.78 cpc alla SPA, ove ritenuto necessario**
- 16.4.2018** il g.i. deposita decreto con il quale le due cause e i connessi subprocedimenti cautelari vengono riuniti e viene fissata l'udienza cautelare, senza accoglimento delle istanze ex art.78 cpc, *“ritenuta, allo stato, la non ricorrenza dei presupposti per la nomina di curatore speciale alla SPA convenuta, il cui attuale legale rappresentante -come in particolare individuato dall'attrice nel procedimento n.18561/2018 in persona dell'amministratore delegato dott. AMOS GENISH- non pare portatore di*



*interesse personale in conflitto con quello della società e perciò rilevante ex art.78 cpc secondo comma;”*

**17.4.2018** sul sito istituzionale di TIM spa compare la integrazione delle informazioni richieste da CONSOB il 13.4.2018, riguardanti in particolare le motivazioni delle dimissioni degli otto consiglieri nonché il deliberato del CDA del 9.4.2018 (doc.28 ELLIOTT)

**20.4.2018** nel termine assegnato dal g.i. si costituiscono nei procedimenti cautelari riuniti:

**la SPA TIM, in persona dell'amministratore delegato AMOS GENISH, convenuta dai due gruppi di attori,** rimettendosi al giudizio del Tribunale, *“confidando nell'accoglimento delle domande fatte valere dai ricorrenti”*;

**il COLLEGIO SINDACALE e i suoi singoli componenti, tutti convenuti anche in proprio dai due gruppi di attori,** concludendo per il rigetto delle richieste cautelari, contestandone per plurimi profili la ammissibilità e la fondatezza;

nonché **ELLIOTT INTERNATIONAL LP, ELLIOTT ASSOCIATES LP e THE LIVERPOOL LIMITED PARTENERSHIPS, socie intervenienti** nella fase cautelare e anch'esse richiedenti il rigetto delle richieste cautelari sulla base di plurimi profili di inammissibilità e infondatezza delle stesse.

## **B. La vicenda di fatto nel contesto societario.**

Il contesto societario nel quale la vicenda sopra schematizzata si inserisce è altrettanto **pacifico** per i seguenti profili:

- TIM SPA è società quotata, nel cui Statuto (doc.5 attori), all'art.9, sono dettate specifiche regole per la nomina del CDA, in particolare prevedendosi:
  - il sistema del **voto di lista** (commi 9.2 a 9.8),
  - nonché: *“Per la nomina degli amministratori, per qualsiasi ragione non nominati ai sensi del procedimento qui previsto, l'Assemblea delibera con le maggioranze di legge, assicurando il rispetto dei requisiti di legge e di Statuto in materia di composizione dell'organo collegiale”* (comma 9.8),
  - e ancora: *“Se nel corso dell'esercizio vengono a mancare uno o più amministratori, si provvede ai sensi dell'art.2386 cc, assicurando il rispetto dei requisiti di legge e di Statuto in materia di composizione dell'organo collegiale”* (comma 9.9),
  - ultima norma in materia essendo poi contenuta nel comma 9.10, recante una **clausola c.d. simul stabunt simul cadent**: *“Ogni qualvolta la maggioranza dei componenti del CDA venga meno per qualsiasi causa o ragione, i restanti Consiglieri si intendono dimissionari e la loro cessazione ha effetto dal momento in cui il CDA è stato ricostituito per nomina assembleare”*;
- all'atto della richiesta di integrazione presentata da ELLIOTT il CDA di TIM SPA - nominato dall'assemblea del 4.5.2017 fino all'approvazione del bilancio al 31.12.2019, cfr. doc.2 ELLIOTT- è composto da 15 consiglieri, dei quali:
  - 9 tratti dalla lista presentata a tale assemblea dalla socia VIVENDI SA, e precisamente:
    - DE PUYFONTAINE, PHILIPPE, CREPIN, RECCHI, BERNABE', HERZOG, MORETTI, ANTONINI, JONES, dei quali gli ultimi 4 dichiaratisi indipendenti;
  - 1, AMOS GENISH, cooptato dal CDA il 28.9.2017 (a seguito delle dimissioni



rassegnate da FLAVIO CATTANEO, altro amministratore nominato il 4.5.2017 e tratto dalla lista VIVENDI SA) e quindi da riconfermarsi ex art.2386 cc primo comma dall'assemblea del 24.4.2018 (cfr. doc.24 ELLIOTT, p.4);

- 5 tratti dalla lista “SGR e INVESTITORI ISTITUZIONALI”, CALVOSA, CORNELLI, FRIGERIO, VIVARELLI, BORSANI, tutti dichiaratisi indipendenti;
- le dimissioni presentate nella riunione del CDA del 22.3.2018 riguardano dunque:
  - tutti i 6 consiglieri nominati dalla lista VIVENDI SA per i quali il primo punto dell'odg di cui alla richiesta di integrazione di ELLIOTT propone la revoca, tra i quali due indipendenti (HERZOG e JONES),
  - nonché ulteriori due consiglieri nominati dalla lista VIVENDI SA indipendenti (ANTONINI e MORETTI);
- i consiglieri non dimessisi coincidono:
  - con i 5 componenti indipendenti nominati il 4.5.2017 dalla lista “SGR e INVESTITORI ISTITUZIONALI”, CALVOSA, CORNELLI, FRIGERIO, VIVARELLI, BORSANI,
  - con il residuo consigliere nominato dalla lista VIVENDI SA, BERNABE'
  - e con il consigliere cooptato GENISH;
- le dimissioni del consigliere RECCHI, essendo state effettuate con decorrenza immediata a differenza delle altre effettuate con decorrenza dal 24.4.2018, hanno efficacia immediata ai sensi dell'art.2385 primo comma cc;
- le dimissioni, complessivamente riguardando la maggioranza dei componenti del CDA, sono idonee a determinare l'operatività della clausola statutaria *simul stabunt simul cadent*.

Con tale considerazione terminano le valutazioni pacifiche tra le parti, essendo invece **controverso**, con il supporto di contrapposti autorevoli pareri accademici (cfr. oltre ai documenti degli attori già sopra citati: docc. 17 e 18 attrice, pareri proff. PRESTI e FERRI; docc. 44, 45, 46, 49 ELLIOTT, pareri proff. LIBERTINI, D'ALESSANDRO, COSTI, DE NOVA):

- se i consiglieri dimissionari diversi dal RECCHI debbano considerarsi cessati alla data del 24.4.2018, da ciascuno di loro indicata come data di decorrenza delle loro dimissioni, con conseguente oggettiva impossibilità di una delibera di loro revoca da adottarsi in tale data, quale quella prevista al punto 1 dell'odg la cui integrazione è stata chiesta da ELLIOTT,
  - tesi questa sostenuta dall'attrice e dagli attori sulla scorta:
    - di una lettura in tal senso del quarto comma del'art.2386 cc
    - e, in ogni caso, sulla scorta della astratta derogabilità di tale disciplina,
    - nonché, in concreto, della previsione di deroga alla stessa ricavabile dal testo della clausola 9.10,

ovvero se tali consiglieri debbano essere considerati in carica fino alla data del rinnovo dell'intero CDA, e quindi fino al 4.5.2018, e come tali, quindi, passibili di essere revocati nell'assemblea del 24.4.2018,

- tesi questa sostenuta dal CS e da ELLIOTT sulla scorta di una diversa lettura della disciplina ex art.2386 cc nonché del testo statutario;
- se poi, in ogni caso, l'innesco della clausola statutaria simul stabunt simul cadent coincidente con le dimissioni di 8 consiglieri comporti comunque l'invalidità di delibere assembleari che provvedano invece alla sostituzione solo parziale dei componenti revocati



del CDA, quale quella prevista al punto 2 dell'odg la cui integrazione è stata chiesta da ELLIOTT,

- tesi questa sostenuta dall'attrice e dagli attori sul rilievo della necessaria operatività di tale clausola statutaria una volta che se ne sia verificato l'innescò,
  - necessaria operatività trascinate seco, data la formulazione dei vari commi dell'art.9 dello Statuto, anche la necessità di nomina dell'intero CDA con il sistema del voto di lista, non richiesto invece per la sostituzione solo parziale dei membri del CDA;

ovvero se l'innescò della clausola *simul stabunt simul cadent* non renda di per sé invalide delibere di sostituzione parziale dei componenti del CDA, che sarebbero comunque ammissibili anche se destinate a produrre effetti solo *medio tempore*, fino al rinnovo dell'intero CDA, comunque dovuto,

- tesi questa sostenuta dal CS, richiamando la disciplina generale ex art.2386 terzo comma cc (cfr. pag. 78 memoria, nonché le precisazioni fornite dalla difesa in udienza: "*La difesa del COLLEGIO SINDACALE precisa che gli amministratori che dovessero essere nominati all'assemblea del 24 aprile 2018 subentrerebbero comunque nella posizione di quelli revocati e quindi verrebbero anch'essi coinvolti nella sostituzione dell'intero organo, già posta all'o.d.g. dell'assemblea del 4 maggio 2018*"), nonché, in via subordinata, dalle intervenute (cfr. pagg. 48 e ss comparsa, nonché le precisazioni fornite dalla difesa in udienza);

ovvero ancora se l'innescò della clausola *simul stabunt simul cadent* nel caso di specie debba essere comunque escluso dato il carattere abusivo delle dimissioni degli 8 consiglieri,

- tesi questa sostenuta in via principale dalle intervenute, secondo le quali, in sintesi, la connotazione abusiva,
  - vale a dire il perseguimento della indebita finalità di impedire all'assemblea di esprimersi sulle proposte di ELLIOTT consentendo alla socia VIVENDI SA di "*rifugiarsi nel porto sicuro dell'assemblea del 4 maggio (chiamata a votare mediante il sistema del voto di lista, con le connesse garanzie per VIVENDI)*",

risulterebbe dalle complessive modalità della condotta dei consiglieri dimissionari e della socia VIVENDI SA e legittimerebbe una tutela "reale", secondo il principio ricavabile dall'art.1359 cc (cfr. pagg. 36 e ss comparsa).

### C. La valutazione del Tribunale.

Ad avviso del Tribunale la valutazione della **seconda questione controversa come sopra riassunta** -in sostanza attinente al *fumus* del cuore della prospettazione di invalidità nel merito della delibera del CS impugnata- può essere svolta per prima, in aderenza a esigenze di semplificazione dell'*iter* decisorio connesse al carattere sommario proprio della cognizione cautelare.

Venendo dunque al merito di tale questione, reputa il Tribunale che, allo stato e nei limiti della cognizione sommaria propria della presente sede, debba essere condivisa la **soluzione indicata dai ricorrenti**.

Al riguardo va infatti considerato in primo luogo:

- l'innescò della clausola statutaria *simul stabunt simul cadent* si è di per sé verificato in conseguenza delle dimissioni della maggioranza dei componenti del CDA in data 22.3.2018;



- tale innesco comporta la necessità di integrale rinnovo del CDA, senza la possibilità di procedere a sostituzioni parziali interinali, come invece sostenuto dal CS,
  - il cui richiamo alla regola generale ex art.2386 cc terzo comma si scontra con il dato sistematico ricavabile dalla successione dei commi dello stesso art.2386 cc,
    - rappresentanti i primi due una sorta di “crescendo” quanto alle modalità di sostituzione degli amministratori venuti a mancare prima della scadenza dell’intero organo (primo comma, prima regola: cooptazione, salvo il caso di venir meno della maggioranza degli amministratori nominati dall’assemblea, caso per il quale provvede invece il secondo comma, dettando la seconda regola, la nomina da parte dell’assemblea, con la precisazione di cui al terzo comma della scadenza dei nominati successivamente unitamente a quelli nominati in origine)
    - e il quarto prevedendo una possibile alternativa statutaria ai primi tre, nel senso della possibilità di previsione statutaria che, come nel caso di specie, a seguito della cessazione di taluni amministratori l’assemblea debba provvedere (non alla loro sola sostituzione ma) al rinnovo dell’intero organo,

in sostanza dunque la clausola *simul stabunt simul cadent* tipizzata dal legislatore del 2003 risultando da tale successione dei commi non già sovrapponibile alle altre due regole ma incompatibile con le stesse, come del resto mostra di intendere ELLIOTT (cfr.: la sollecitazione di deleghe sopra citata sub A., nella quale si precisa che gli amministratori da nominarsi in sostituzione dei sei revocati “*resteranno in carica sino alla scadenza del mandato dell’attuale Cda e dunque fino all’assemblea convocata per l’approvazione del bilancio al 31.12.2019*”; il comunicato di ELLIOTT 28.3.2018 sopra citato sub A., ove si illustra che: “*laddove i soci dovessero sostenere la proposta di Elliott di ripristinare un Consiglio di Amministrazione pienamente autonomo e indipendente nella prossima AGM del 24 aprile, non debba tenersi un’ulteriore assemblea dei soci il 4 maggio*”).

Così dovendosi dunque superare la soluzione prospettata dal CS, va poi esaminata la prospettazione principale delle intervenute sul punto in esame, prospettazione secondo la quale, si è visto, il preteso carattere abusivo della condotta degli amministratori dimissionari, concertata con la socia VIVENDI SA in danno di ELLIOTT, comporterebbe nel caso di specie la non operatività della clausola statutaria, non potendo appunto la condotta abusiva in quanto contraria a buona fede produrre effetti, come ricavabile dal principio sotteso all’art.1359 cc in tema di avveramento della condizione (cfr. parere prof. DE NOVA, doc.49 intervenute)

Tale prospettazione, sempre allo stato e nei limiti di apprezzamento propri della cognizione sommaria, non risulta condivisibile, considerato che, nel caso di specie, non paiono ravvisabili i presupposti per configurare quale abusiva la condotta in discussione, vale a dire, secondo la stessa prospettazione delle intervenute, l’insussistenza dell’interesse per il quale è riconosciuto il diritto e il perseguimento di interessi diversi lesivi di altrui posizioni.

Al riguardo va infatti considerato:

- in primo luogo, la connotazione abusiva della condotta degli amministratori dimissionari e della socia “di riferimento” riposa -secondo ELLIOTT- su una serie di elementi indiziari, in particolare ricavati (cfr. pagg. 38 e ss comparsa) dal carattere collettivo e per così dire “reattivo” delle dimissioni rispetto alla richiesta di ELLIOTT di integrazione dell’odg e dalla circostanza che i consiglieri dimissionari non abbiano esternato specifiche motivazioni personali alle dimissioni, cinque di essi accettando poi di essere ricandidati nella lista VIVENDI SA quali componenti del CDA da rinnovarsi interamente all’assemblea del 4.5.2018,



- elementi indiziari, ad avviso del Tribunale, di per sé non connotati in senso univoco, in particolare da un lato la presentazione di dimissioni a fronte di una proposta di revoca assembleare non apparendo di per sé priva di giustificazione, ed, anzi, facendo seguito, date le motivazioni di cui alla relazione illustrativa di ELLIOTT, ad una evidente manifestazione di conflittualità tra i soci dalla quale, in tesi, gli amministratori dimissionari ben avrebbero potuto ritenere opportuno estraniarsi, salvo il caso di complessivo rinnovo dell'organo (cfr. al riguardo le motivazioni dei consiglieri dimissionari come esplicitate sub doc.28 ELLIOTT a seguito delle richieste di CONSOB);
- in secondo luogo, oltre che non palesemente ingiustificata, la presentazione di dimissioni "in blocco" neppure pare essere univocamente diretta a perseguire un intento di danno in capo alle socie "ELLIOTT", richiedenti la revoca di taluni dei dimissionari e la loro sostituzione nell'assemblea del 24.4.2018,
  - considerato che, in realtà, con tali dimissioni l'interesse delle socie alla rimozione di dati amministratori non è stato di per sé pregiudicato, gli stessi amministratori avendo comunque posto fine al loro mandato,
    - l'unico effetto prodotto dalle dimissioni essendo stato al riguardo quello di comportare (non la sostituzione dei soli amministratori per ELLIOTT revocandi ma) la sostituzione dell'intero CDA secondo la previsione statutaria, e, dunque, in sostanza, quello di comportare sempre la remissione all'assemblea *-id est* ai soci- della scelta dei componenti dell'organo gestorio.

Che poi, come sottolineato da ELLIOTT, la conseguenza delle dimissioni comporti, attraverso l'innescò della clausola *simul stabunt simul cadent*, anche l'innescò del voto di lista, non previsto invece secondo prassi interpretativa costante in TIM SPA per le sostituzioni solo parziali di membri del CDA (cfr. memoria ELLIOTT, pagg.49 e ss), non configura, ad avviso del Tribunale, quella conseguenza di sicuro pregiudizio della posizione di ELLIOTT che le intervenute affermano derivare dalla condotta degli amministratori dimissionari e della socia VIVENDI SA,

- neppure al riguardo avendo ELLIOTT chiarito specificatamente <sup>2</sup> in che modo gli equilibri delle maggioranze azionarie opererebbero in suo specifico danno nell'ambito di una votazione secondo il metodo di lista piuttosto che in una votazione secondo il principio maggioritario.

Per quanto fin qui detto deve dunque ritenersi, sempre nei limiti propri della cognizione sommaria:

- che a seguito delle dimissioni del 22.3.2018 lo Statuto di TIM SPA imponga la convocazione di assemblea per il rinnovo dell'intero CDA
- e che conseguentemente la richiesta di integrazione dell'odg dell'assemblea del 21.4.2018 presentata da ELLIOTT prima di tali dimissioni,
  - in quanto comportante, al contrario, la revoca di 6 componenti del CDA e la loro contestuale sostituzione in senso parziale rispetto all'intera composizione del CDA, contrasti con la disciplina legale e con lo Statuto dell'ente, sì che la decisione del CDA del 22.3.2018 di non provvedere a tale integrazione non risulta impropria.

#### **D. Ammissibilità della impugnazione e legittimazione degli attori.**

<sup>2</sup> Cfr. sul punto la sola considerazione ipotetica di cui alla nota n.35 a p.41 della comparsa delle intervenute.



Le conclusioni cui si è pervenuti nel paragrafo che precede comportano:

- da un lato l'**assorbimento di tutte le altre questioni prospettate dai ricorrenti** quanto alla **invalidità della delibera impugnata**;
- dall'altro la necessità di passare all'esame delle **questioni preliminari** svolte dai resistenti in tema di **inammissibilità della tutela** richiesta e di **carenza di legittimazione attiva dei ricorrenti**.

Al riguardo va rilevato:

- secondo i resistenti, le impugnazioni della delibera della CS sarebbero inammissibili in assenza di specifica previsione normativa, assenza, sempre secondo i resistenti, non colmabile attraverso il richiamo -in via analogica e/o estensiva- alla norma ex art.2388 cc disciplinante la impugnazione delle delibere del CDA, i due generi di delibere promanando da organi aventi diversa posizione -l'uno gestoria e l'altro di controllo- nella organizzazione societaria e, dunque, la *ratio* sottesa alla disciplina ex art.2388 cc non essendo "esportabile" nel diverso scenario qui in discussione riguardante l'organo di controllo, pena lo sconvolgimento del rapporto tra i due organi (cfr. pagg. 83 e ss memoria CS);
- in ogni caso, poi, la applicazione estensiva della disciplina ex art.2388 cc comporterebbe comunque la conclusione della carenza di legittimazione alla impugnazione in capo all'organo gestorio, ai singoli componenti dello stesso e ai singoli soci, tale legittimazione potendo, al più, essere riconosciuta in capo ai singoli membri del CS assenti o dissenzienti rispetto alla delibera (cfr. pagg. 22 e ss comparsa intervenute).

Tali **prospettazioni dei resistenti non** paiono -allo stato e sempre nei limiti dell'apprezzamento sommario proprio della presente sede- **condivisibili**, alla luce dei principi più volte affermati da questo Tribunale in tema di impugnazione delle delibere di organi societari e alla luce del peculiare contenuto della delibera qui in discussione.

Sotto il primo profilo, vanno qui richiamati i precedenti citati dai ricorrenti e in particolare il risalente orientamento secondo il quale:

- le regole di impugnabilità delle deliberazioni assembleari dettate prima del 2003 dall'art.2377 cc solo per le deliberazioni assembleari di spa e di srl,
- così come le regole di impugnabilità dettate dal novellato art.2388 cc solo per le deliberazioni del CDA di spa

vanno considerate espressive di un principio generale di sindacabilità delle deliberazioni di tutti gli organi sociali per contrarietà alla legge o all'atto costitutivo, principio generale quindi,

- prima della riforma del 2003, ritenuto applicabile anche alle delibere del cda, pur in presenza di una previsione normativa allora limitata alla sola impugnabilità (sia per la spa che per le srl) delle deliberazioni consiliari adottate con il voto determinante di un amministratore versante in conflitto di interessi,
- e, dopo la riforma, ritenuto applicabile anche alle delibere del cda di srl, per le quali il legislatore del 2003 non ha riprodotto la norma ex art.2388 cc dettata per le spa ma ha espressamente previsto ex art.2475ter cc la sola impugnabilità delle delibere adottate con il voto determinante di un amministratore in conflitto di interessi<sup>3</sup>,
- e da ritenere applicabile anche alle delibere del Collegio sindacale,

<sup>3</sup> Cfr. in tal senso Tribunale Milano: 1.3.2012, 27.2.2013, 5.3.2015 in [www.giurisprudenzadelleimprese.it](http://www.giurisprudenzadelleimprese.it); per la "pacifica" applicazione anche alle srl della disciplina ex art.2388 cc cfr. anche Tribunale Roma, 4.11.2015, in [www.giurisprudenzadelleimprese.it](http://www.giurisprudenzadelleimprese.it)



- la cui impugnabilità non è prevista da alcuna norma, in armonia con il carattere “interno” dell’attività tipica dell’organo di controllo,
- ma le quali,
  - laddove siano di per sé, in specifici casi eccezionali rispetto alle normali manifestazioni del potere di controllo, produttive di effetti diretti rispetto alla organizzazione societaria ovvero rispetto alla posizione di singoli soci,

non possono essere sottratte alla regola generale della impugnabilità, pena un difetto di tutela rispetto a situazioni omogenee contrastante con i principi costituzionali ex artt. 3 e 24 Cost..

E, ad avviso del Tribunale, l’ipotesi appena citata si verifica nel caso in esame, nel quale,

- in virtù del potere “sostitutivo” conferito all’organo di controllo dall’art.126bis TUF in tema di integrazione dell’odg di assemblea su richiesta del socio (e a prescindere qui da ogni questione discussa tra le parti quanto all’ampiezza di tale potere, questione si è detto sopra assorbita),

l’organo di controllo ha preso una delibera a contenuto propriamente gestorio, appunto sostituendosi al CDA la cui valutazione negativa della richiesta del socio ha ritenuto errata: le due delibere, quella del CDA negativa e quella del CS positiva rispetto alla richiesta del socio, si pongono dunque a ben vedere quale un *continuum*, rispetto al quale la posizione del CDA e anche quella dei suoi singoli membri <sup>4</sup> va quindi assimilata a quella degli amministratori dissenzienti rispetto a una delibera dell’organo gestorio, con conseguente loro legittimazione alla impugnazione del provvedimento del CS.

Né a contrastare tale conclusione può poi valere l’ulteriore considerazione dei resistenti in ordine alla non impugnabilità, in generale, di delibere aventi oggetto quale quello in esame, in quanto meramente prodromiche allo svolgimento di assemblea, la cui invalidità di convocazione si riverbererebbe sul deliberato dei soci, questo solo impugnabile in quanto direttamente produttivo di effetti endo-societari: si tratta infatti di considerazione non condivisibile laddove si rifletta sulla generale impugnabilità ex art.2388 cc delle delibere del CDA da parte degli amministratori dissenzienti, generale impugnabilità non subordinata ad alcuna condizione ma solo collegata al carattere deliberativo della determinazione consiliare, carattere deliberativo senz’altro qui presente nel provvedimento adottato dal CS il 27.3.2018.

Così ritenuta la legittimazione del CDA di TIM SPA e dei suoi membri attori alla impugnazione qui in esame, alla medesima conclusione pare al Tribunale debba giungersi anche quanto alla legittimazione alla impugnazione dell’attrice VIVENDI SA.

Al riguardo,

- pur risultando condivisibili i rilievi delle intervenute quanto alla necessità -per la legittimazione a impugnare del socio a differenza che per quella degli amministratori- della lesività della delibera rispetto a un “diritto” proprio del socio, nella accezione del termine “diritto” di cui all’art.2388 cc, come precisata anche da questo Tribunale <sup>5</sup>,

<sup>4</sup> Gli attori DE PUYFONTAINE, PHILIPPE, MORETTI, ANTONINI e CREPIN risultano costituiti unitamente al CDA, in persona del Vicepresidente, al loro nome accompagnandosi nell’atto di citazione l’espressione “*in proprio*”: espressione che non pare al Tribunale alludere, come invece ritiene la difesa del CS, alla loro costituzione quali persone fisiche ma solo sottolineare lo svolgimento da parte di ciascuno di essi, quali singoli membri del CDA, della medesima azione impugnatoria svolta dal CDA a seguito di apposita delibera consiliare.

<sup>5</sup> Cfr. Tribunale Milano 29.3.2014, in [www.giurisprudenzadelleimprese.it](http://www.giurisprudenzadelleimprese.it), secondo la cui motivazione: “Sotto il primo profilo, poiché la legittimazione diretta dei soci all’impugnazione dei deliberati consiliari è prevista aggiuntivamente (“altresì”) rispetto a quella degli amministratori assenti o dissenzienti (e del collegio sindacale) ad



*impugnare le deliberazioni difformi da regole legali o statutarie, pare evidente che la condizione che essa sia lesiva dei diritti dei singoli azionisti si aggiunge a quella della contrarietà a legge e statuto, che deve pertanto comunque anch'essa ricorrere.*

*Sotto il secondo, coerentemente, va ritenuto che in ogni caso perché si possa pervenire all'annullamento di una delibera degli amministratori il socio debba comunque allegare e provare anche la lesione di un diritto suo proprio, essendo necessario ma non sufficiente che la deliberazione sia prospettata (come nella specie, con riferimento alla sua asserita non conformità all'accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis L.F. stipulato con alcuni creditori di RISANAMENTO S.p.A. nel settembre del 2009, hanno fatto le odierne ricorrenti) come contra legem vel statuta.*

*Sembra evidente a chi scrive che alla parola "diritto" che compare nella disposizione in esame non possa qui annettersi che il significato tecnico suo proprio di diritto soggettivo, inteso come situazione giuridica attiva maior in forza della quale l'ordinamento, attraverso una norma giuridica di relazione, conferisce espressamente al titolare di un determinato e selezionato interesse il potere discrezionale di attuarlo nel grado più pieno -e quindi anche di soddisfarlo coattivamente- anche contro la volontà dei soggetti nei confronti dei quali sia vantato.*

*La scelta dell'espressione 'diritto' anziché di quella più generale e generica -pur ricorrente nel diritto societario- di 'interesse', non può che corrispondere ad una consapevole scelta legislativa.*

*Essa è coerente con il sistema legale delle società capitalistiche in genere e azionarie in specie in cui, all'interno dell'organizzazione che scaturisce ex lege dal contratto di società è operata una precisa ripartizione di ruoli e competenze fra soci da un lato e amministratori (nonché sindaci e revisore) dall'altro: alla quale corrisponde quindi una altrettanto precisa distinzione di posizioni giuridiche soggettive, tale per cui vi sono interessi della società nel suo complesso ed interessi dei singoli soci -volta a volta con quello coincidenti o difformi- a che la gestione dell'attività collettiva di impresa che della società costituisce l'oggetto sia condotta secondo legge e statuto e con criteri di efficienza e profittabilità, così come più specificamente vi sono poteri -e quindi diritti soggettivi- della società in quanto persona giuridica, degli amministratori e dei soci autonomamente tutelati dalle norme di legge e da quelle di fonte statutaria.*

*E' alla luce di ciò che il diritto ad impugnare una decisione gestoria del consiglio di amministrazione, sussistente ogni qual volta il collegio sindacale o l'amministratore assente o dissenziente ravvisi in essa un profilo di illegittimità legale o statutaria, non può avere la medesima estensione per il singolo socio: il quale dovrà invece allegare e dimostrare a tale fine l'incidenza sfavorevole di quella decisione su di un suo diritto, tale quindi da arrecare pregiudizio alla sua personale sfera giuridico-patrimoniale personale.*

*Ciò corrisponde, del resto, alla rigida (in quanto imperativa) ripartizione -costitutiva della natura stessa della società di capitali in quanto organizzazione- fra attribuzioni, e quindi poteri doveri e responsabilità, degli amministratori, e i poteri e le responsabilità dei singoli soci: tale per cui ai primi spetta il potere di compiere in via esclusiva tutte le operazioni (fatti, atti e contratti) necessari al perseguimento dell'oggetto sociale, mentre ai secondi -che tale discrezionale potere non possono sindacare se non facendo valere in sede assembleare la responsabilità amministrativa (revocandolo) o giuridica (promuovendo le azioni previste dagli artt. 2393 o 2393 o 2395 cod. civ.) dell'organo gestorio ovvero uscendo dalla compagine in via negoziale o nei casi previsti di recesso- è concesso il potere di reagire direttamente a questa o quella operazione che venisse decisa solo allorché essa leda altrettanto direttamente un diritto che spetti ad essi uti socii, e quindi di un diritto patrimoniale o amministrativo loro proprio.*

*Ne consegue che ordinariamente mai i soci possono opporsi ad una decisione del consiglio di amministrazione rivendicando una diversa e suppostamente preferibile interpretazione del reale interesse della società, idealmente collettivo, a perseguire per altra via più efficacemente il fine di lucro per il quale hanno effettuato i conferimenti originari e successivi, ovvero lamentando una qualche violazione da parte degli amministratori di una norma prescrittiva di fonte legale o statutaria che disciplini l'attività sociale in genere e gestoria in specie: perché a tali violazioni, a fini di efficienza dell'attività sociale e di certezza dei rapporti coi terzi, la sola reazione possibile resta - come detto- quella, tutta endosocietaria, o della sfiducia del o degli amministratori e della eventuale azione di responsabilità che ne consegue.*

*I soci avranno invece, eccezionalmente, diritto a far rimuovere dall'ordinamento -e, strumentalmente, a far sospendere- l'esecuzione di una decisione gestoria soltanto quando questa violi direttamente una posizione di diritto patrimoniale o amministrativo loro propria: ad esempio, quando sia scorrettamente valutata la loro partecipazione nei casi previsti dalla legge o dallo statuto, ovvero qualora sia loro negato il diritto di recesso, o ancora allorché sia compreso o escluso -immotivamente o al di fuori dei casi previsti dai commi 5° e segg. dell'art. 2441 cod. civ.- il diritto di opzione ad essi spettante.*

*Il che costituisce del resto, a chiusura di queste brevi considerazioni in diritto, il riflesso in subiecta materia della irresponsabilità dei soci per le conseguenze del proprio operato (essendo il loro rischio limitato ai conferimenti) quale contrapposta invece alla responsabilità degli amministratori -illimitata ed eventualmente solidale- per il*



va infatti considerato:

- l'attrice ha qui sostenuto la lesività della delibera rispetto all'esercizio del proprio diritto di voto in tema di nomina degli amministratori secondo il metodo di lista, previsto per il caso di rinnovo dell'intero CDA, esercizio che, sempre secondo l'attrice, sarebbe appunto impedito dalla delibera impugnata, indebitamente ammissiva di un odg assembleare invece comportante la sostituzione di una parte degli amministratori con il metodo maggioritario;
- tale rilievo pare al Tribunale idoneo -nella presente fase cautelare e salvo ogni approfondimento riservato al giudizio di merito- a fondare la legittimazione della socia alla impugnazione,
  - e ciò tanto più ove si rilevi che, oltre alla tutela sospensiva conseguente a tale legittimazione, l'attrice ricorrente ha pure richiesto in subordine ex art.700 cpc ulteriori misure cautelari rivolte allo stesso effetto ex art.2378 cc, richiesta questa formulata in termini corrispondenti all'ormai consolidato orientamento di questo Tribunale in tema di ammissibilità di tutela cautelare pre-assembleare<sup>6</sup> e per la quale andrebbe comunque ravvisata la legittimazione attiva della socia,
  - sicché, in definitiva, la questione relativa alla legittimazione della socia attrice non risulta, in concreto, dirimente rispetto alla pronuncia cautelare oggi richiesta.

Al termine di questo paragrafo dedicato alle questioni processuali possono poi essere esaminate due **ulteriori eccezioni processuali**, svolte, rispettivamente:

- dai **sindaci, convenuti quali persone fisiche** e a loro dire **privi di legittimazione passiva** rispetto alla impugnazione della delibera adottata dall'organo del quale fanno parte, unico legittimato passivo;
- dall'attrice e dagli attori in tema di **inammissibilità dell'intervento delle tre socie "ELLIOTT"**,

questioni da ritenere:

- la **prima da riservare al merito**, essendo irrilevante ai fini della valutazione cautelare;
- la **seconda**, allo stato, **infondata**, l'intervento delle tre socie risultando, allo stato:
  - di per sé meramente adesivo alle conclusioni del CS convenuto nel richiedere il rigetto delle istanze cautelari degli attori
  - e come tale senz'altro ammissibile secondo un condivisibile orientamento <sup>7</sup> da ritenere applicabile anche alla fase cautelare.

## **E. Conclusioni in tema di *fumus* e di *periculum*.**

---

*pregiudizio eventualmente arrecato al patrimonio sociale da essi gestito da propri atti ed operazioni violativi di legge o di statuto."*

<sup>6</sup> Cfr., quale prima espressione di tale orientamento, Tribunale Milano 29.3.2012, in [www.giurisprudenzadelleimprese.it](http://www.giurisprudenzadelleimprese.it), secondo la cui massima: "Il socio può ricorrere alla tutela atipica dell'art. 700 c.p.c. per ottenere una pronuncia circa la legittimità del comportamento da tenersi in assemblea, quando vi siano fondati motivi per ritenere che una illegittimità verrà compiuta in assemblea; la esperibilità da parte del socio del rimedio atipico dell'art. 700 c.p.c. rispetto alle delibere assembleari infatti non è esclusa dalla previsione della tutela cautelare rappresentata dalla richiesta di sospensione ex art. 2378 c.c., perchè quest'ultima presuppone lo svolgimento della assemblea e l'instaurazione di un giudizio di merito che potrebbe anche richiedere un tempo non trascurabile per la sua attivazione."

Nello stesso senso cfr., successivamente, tra le altre: Tribunale Milano, 28.4.2012, 16.7.2012, 21.1.2016, 28.9.2017.

<sup>7</sup> Cfr. Tribunale Milano 3.8.2017 in [www.giurisprudenzadelleimprese.it](http://www.giurisprudenzadelleimprese.it).



Tirando le fila del discorso fin qui svolto va dunque ritenuto che,

- o essendo sia il CDA, sia i suoi singoli membri attori, sia la socia attrice legittimati ad impugnare la delibera adottata dal CS il 27.3.2018,

gli stessi sono pure legittimati a richiedere la sospensione di tale delibera in via d'urgenza, in applicazione del quarto comma dell'art.2378 cc, richiamato dall'art.2388 cc, norma alla quale si è detto sopra occorre rifarsi in tema di impugnazione delle delibere del collegio sindacale adottate nell'esercizio di poteri immediatamente incidenti nell'ambito endo-societario.

Quanto al *fumus* della richiesta cautelare in esame, vale a dire quanto al *fumus* di fondatezza dei motivi di impugnazione:

- va qui richiamato quanto sopra esposto **sub C.** in ordine alla (sopravvenuta) contrarietà della richiesta di integrazione dell'odg svolta dalle socie "ELLIOTT" rispetto alla disciplina normativa e statutaria,
  - o imponente, dopo le dimissioni della maggioranza degli amministratori, il rinnovo dell'intero CDA e quindi escludente la possibilità di parziale sostituzione dei componenti dell'organo oggetto dei due punti dell'odg, da considerare inscindibili secondo la relazione illustrativa delle socie richiedenti,
- e va quindi ritenuta, sempre nei limiti di sommario apprezzamento propri della valutazione cautelare, la invalidità della delibera impugnata in quanto disponente una integrazione dell'odg appunto contraria alle regole legali e convenzionali e così determinante lo svolgimento di assemblea in contrasto con tali regole e passibile di sfociare in deliberazioni invalide.

Rispetto a tale configurazione di invalidità va qui solo aggiunto,

- o in riferimento alle considerazioni dei resistenti sul carattere "assoluto" e "incomprimibile" del diritto del socio ad ottenere l'integrazione dell'odg nelle società quotate, diritto sancito come tale dall'art.6 della Direttiva 2007/36/CE del quale l'art.126bis TUF è norma applicativa,

che il carattere "incomprimibile" del diritto del socio va senz'altro declinato nella non soggezione della richiesta del socio ad alcuna valutazione di merito e/o di opportunità sull'oggetto dell'odg per il quale è formulata la richiesta di integrazione: come tutti i diritti, peraltro, anche quello in esame deve essere esercitato nei limiti e nel rispetto delle regole normative e pattizamente accettate che definiscono gli istituti contigui<sup>8</sup>, altrimenti risolvendosi,

- o non, come lo definiscono i convenuti, in uno strumento di partecipazione volto in definitiva ad assicurare -tramite un effettivo "controllo" del socio- il buon governo della società ma
- o in uno scardinamento di tale sistema di regole, scardinamento di per sé pregiudizievole proprio ai fini di uno equilibrato sviluppo sociale.

<sup>8</sup> Cfr al riguardo, da ultimo, Cass.n.2972/2017, la quale, in materia societaria ha affermato la ricorrenza di limiti esterni, quali il divieto di abuso, anche per i diritti potestativi del socio, quale quello previsto dall'art.2374 cc: "Il diritto di richiedere il differimento dell'assemblea di una società per azioni, esercitato ai sensi dell'art. 2374 c.c., ha natura potestativa, assolvendo alla funzione di assicurare ai soci una maggiore informazione sui temi all'ordine del giorno che prescinde dal riscontro di una situazione obiettiva di "deficit" conoscitivo in capo ai richiedenti tanto da poter determinare, nell'ipotesi di mancato rinvio, l'annullabilità della delibera adottata. Tale qualificazione giuridica del diritto, tuttavia, non comporta l'assoluta insindacabilità della dichiarazione d'insufficienza informativa, fondante la richiesta, essendo configurabile, come limite esterno al suo esercizio, l'abuso del diritto predicato nell'art. 2374 c.c. nell'ipotesi in cui la richiesta sia stata dettata da un fine, in concreto, del tutto incoerente rispetto a quello per il quale la relativa facoltà è attribuita dalla norma codicistica."



La non comprimibilità del diritto del socio ex art.126bis TUF va quindi riferita alla non sindacabilità nel merito della richiesta di integrazione ma non può coincidere con la sottrazione di tale richiesta ad ogni vaglio di liceità, vaglio:

- che, del resto, nel caso di specie lo stesso CS ha in concreto svolto, sia pure concludendo -in senso opposto rispetto a quanto sopra ritenuto dal Tribunale- per la compatibilità dei due punti dell'odg con la regola statutaria ex art.9.10,
- e che risulta sotteso alla espressa previsione di cui all'art.126bis TUF, secondo il quale,
  - nel caso in cui il CDA (o gli altri organi chiamati in sua sostituzione) non provvedano alla integrazione richiesta,

questa è ordinata dal Tribunale (è da ritenere in sede di volontaria giurisdizione) “ove il rifiuto di provvedere risulti ingiustificato”, vale a dire appunto non motivato dalla contrarietà della richiesta alla disciplina legale e statutaria.

Così valutata la ricorrenza del requisito del *fumus*, va poi ritenuta anche la ricorrenza del *periculum* richiesto per la sospensione cautelare della delibera impugnata secondo le previsioni di cui all'art.2378 cc quarto comma.

Al riguardo va ricordato che, come sottolineato dai ricorrenti: *“L'art. 2378 c.c. non subordina la sospensione dell'esecuzione della delibera impugnata alla dimostrata sussistenza per l'impugnante di un evento dannoso di rilevante gravità, ed anzi connotato addirittura, oltre che da imminenza temporale, da irreparabilità giuridica; limitandosi a richiedere che sussista la verosimile violazione di regole di legge o di statuto – procedimentali o contenutistiche – in riferimento alla deliberazione, e chiedendo soltanto che, ove queste sussistano, sia comunque bilanciato il pregiudizio che subirebbe il ricorrente dall'esecuzione con quello che riverrebbe alla società dalla sospensione.”*<sup>9</sup>.

Così disegnati i termini della valutazione “comparativa” prescritta dall'art.2378 cc, nel caso di specie tali termini depongono, ad avviso del Tribunale:

- per la prevalenza dell'interesse degli impugnanti alla sospensione della delibera impugnata,
  - in quanto delibera la cui permanenza *medio tempore* appare suscettibile di dar corso ad assemblea su un odg per così dire “impossibile” ai sensi statutari e normativi, con tutte le conseguenze in termini di successiva conflittualità endo-societaria riverberantesi sulla posizione della socia e del CDA impugnanti,
- d'altro canto non ravvisandosi alcuno specifico pregiudizio per la società nel caso di sospensione della delibera, la cui mancata vigenza non pare colpire alcuno snodo vitale dell'ente né comportare conseguenze dannose in termini patrimoniali od organizzativi, data la già avvenuta convocazione di assemblea per la ravvicinata data del 4 maggio prossimo per il rinnovo dell'intero CDA, ed anzi, lo svolgimento dell'assemblea del 24.4.2018 in termini corrispondenti allo statuto venendo a coincidere con lo stesso interesse dell'ente.

Conclusivamente **va dunque disposta la sospensione richiesta dalle parti ricorrenti**, tale pronuncia venendo poi ad **assorbire le altre richieste cautelari svolte da tali parti**.

P.Q.M.

visti gli artt. 2388 cc, 2378 cc, terzo, quarto e sesto comma;

in accoglimento dei ricorsi cautelari,

dispone la sospensione dell'efficacia della delibera impugnata, adottata dal COLLEGIO SINDACALE di TIM SPA il 27.3.2018, recante integrazione dell'odg dell'assemblea dei soci della

<sup>9</sup> Così la massima di Tribunale di Milano, 28.9.2017, in [www.giurisprudenzadelleimprese.it](http://www.giurisprudenzadelleimprese.it) .



SPA convocata per il 24.4.2018, assorbite in tale pronuncia le ulteriori richieste cautelari dei ricorrenti;

dispone che il dispositivo che precede sia iscritto nel registro delle imprese a cura degli amministratori.

Milano, 23 aprile 2018.

Il Giudice  
*Elena Riva Crugnola*

