

SCUOLA FORENSE DI PADOVA

AREA DEL DIRITTO PRIVATO

CASO in materia di

“INVALIDITA’ DELLE DELIBERE ASSEMBLEARI DI S.p.A.”

18 settembre 2017, relatori: Avv. Mario Migliorini e Prof. Avv. Roberto Sacchi

La S.p.A. ALFA, non quotata (la “Società”), ha quali soci Tizio, che è anche l’amministratore delegato (92%), Caio (4%) e Sempronio (4%). Questi due ultimi non sono amministratori.

In occasione dell’assemblea convocata per l’approvazione del bilancio d’esercizio, Caio propone che venga deliberato l’esercizio dell’azione di responsabilità nei confronti degli amministratori in quanto essi, in occasione di operazioni intercorse durante l’esercizio con soggetti legati a Tizio da stretti vincoli di parentela, hanno depauperato la Società avvantaggiando la controparte contrattuale.

A favore della proposta votano Caio e Sempronio, mentre Tizio esprime voto contrario. Il Presidente dell’assemblea proclama che la proposta è stata rigettata.

I soci Caio e Sempronio, con separate citazioni, impugnano tale delibera negativa e chiedono altresì l’accertamento che si è formata la deliberazione di approvazione dell’azione di responsabilità; chiedono infine il risarcimento del danno determinato dalla deliberazione impugnata.

Assumendo che la prospettazione della responsabilità degli amministratori appaia verosimile, esaminiamo quali siano gli argomenti rispettivamente a favore della Società e dei due soci impugnanti rispetto alle tre distinte azioni come sopra intraprese (azione di impugnazione della delibera, azione di accertamento e azione risarcitoria).

*

Si consiglia l’esame del Lodo Arbitrale 2/7/2009, Giur.Comm.2010, II, 911 e ss., con Nota di De Pra.

Andiamo ad esaminare un caso, al centro del quale si colloca il tema dell'invalidità delle delibere assembleari delle società per azioni e dei rimedi consentiti dall'ordinamento ai soggetti legittimati all'impugnazione. Gli argomenti che, in particolare, si dovranno affrontare, peraltro, sono numerosi e mentre per alcuni –come quelli riguardanti la figura e la responsabilità degli amministratori- potremo, nella nostra disamina, limitarci a riferimenti occasionali, per altri la nostra attenzione dovrà essere impegnata in modo più specifico, offrendo altresì alcuni spunti per approfondimenti ulteriori.

Vediamo di individuare quali siano questi argomenti di maggiore rilievo. Si muove dalla delibera dell'esercizio dell'azione di responsabilità, che un socio (Caio, 4% del capitale sociale) propone all'assemblea di adottare (nel momento in cui essa è riunita per deliberare sul bilancio d'esercizio: si veda al riguardo l'art. 2393 cod. civ., secondo comma) nei confronti di tutti i consiglieri d'amministrazione, in relazione ad operazioni dannose per la Società, eseguite in presenza di un apparente conflitto di interessi dell'amministratore delegato (Tizio). I soci Caio e Sempronio esprimono voto favorevole alla proposta ma il socio Tizio, il cui voto si assume viziato dal conflitto di interessi (art. 2373 cod. civ., primo comma) e che detiene personalmente anche il controllo del capitale (92%), esprime voto contrario, sicché la proposta viene respinta.

Impugnano tale delibera i soci Caio e Sempronio, alleati tra loro, chiedendone l'annullamento, ma non solo. Essi chiedono anche l'accertamento che la deliberazione di approvazione della proposta deve intendersi in realtà avvenuta, non dovendosi tener conto del voto contrario del socio Tizio, in quanto viziato. Chiedono infine il risarcimento del danno subito a causa della deliberazione impugnata. Sono dunque tre distinte azioni, intorno al cui fondamento si dedicherà la nostra discussione.

*

Si è dubitato da alcuno, e anche noi dobbiamo chiederci anzitutto, se la decisione (rigetto della proposta), assunta nella specie dall'assemblea e che si definisce quale "deliberazione negativa", rappresenti propriamente una deliberazione assembleare.

Correntemente l'interrogativo si pone in relazione agli effetti di un tale atto, effetti che, con il rigetto della proposta avanzata dal socio, non si producono sul terreno del diritto sostanziale. Secondo alcuni saremmo perciò di fronte ad una non-delibera, un' "apparenza" di deliberazione, non ad un atto negoziale, soggetto, in quanto viziato, all'impugnazione per il suo annullamento.

Appare peraltro più corretto considerare che la mancata produzione dell'effetto positivo oggetto della proposta non è sufficiente ad eliminare il valore dell'atto decisionale in sé, derivante dal valore –diciamo così- "organizzativo" del procedimento assembleare. Il rigetto della proposta rappresenta appunto il contenuto della volontà dei votanti: anche la deliberazione negativa costituisce una manifestazione di volontà negoziale, soggetta –così come la deliberazione positiva- all'impugnazione, ove ricorrano i presupposti per il suo eventuale annullamento. Essa dovrà intendersi, come tutte le deliberazioni, immediatamente efficace e vincolante per tutti i soci, per quanto possa parlarsi di efficacia sostanziale di una deliberazione che non determina mutamenti nella situazione giuridica dei rapporti sociali. Il rigetto della proposta ha invero il solo effetto di precludere la proposizione del medesimo ordine del giorno in una successiva assemblea, e già questo può essere un effetto dannoso per la società.

*

La proposta, sulla quale nel caso in esame sono chiamati a votare i soci, riguarda l'azione di responsabilità nei confronti di tutti i componenti del consiglio d'amministrazione, per pregiudizi arrecati alla Società da operazioni intercorse con soggetti legati da vincoli di parentela all'amministratore delegato. Fermo restando che il vincolo di parentela non costituisce per sé un elemento di pregiudizio o di conflitto nei rapporti tra l'amministratore e la società, l'ipotesi in esame ci impone di ricordare i doveri che, ai sensi dell'art. 2391 cod. civ., incombono a ciascun amministratore (oltre che allo stesso organo collegiale), ove sia configurabile un qualsivoglia interesse (si noti: anche non confliggente con l'interesse sociale) che egli, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione. L'amministratore delegato, ove comunque interessato, deve astenersi dal compiere l'operazione rimettendola alle valutazioni dell'organo collegiale; ciascuno degli altri consiglieri deve dare dettagliata notizia di ogni proprio eventuale interesse, prima che la deliberazione collegiale sia assunta.

Infine, il C.d.A. dovrà adeguatamente motivare ragioni e convenienza per la Società della deliberazione con cui si intenda decidere l'operazione.

In assemblea la proposta ha nel nostro caso ottenuto il voto favorevole dei due soci di minoranza ed il voto contrario di Tizio, sicché il presidente, dopo aver accertato il risultato delle votazioni (art. 2371 cod. civ.) ha proclamato tale risultato negativo. L'articolo 2371 cod. civ., che regola lo svolgimento dei lavori assembleari, enuncia i compiti del presidente: verifica la regolarità della costituzione dell'assemblea, accerta l'identità e la legittimazione dei presenti, regola lo svolgimento dei lavori assembleari e accerta i risultati delle votazioni. La norma non accenna, per la verità, alla necessità della proclamazione del risultato da parte del presidente dell'assemblea, proclamazione pur frequente nella prassi quale atto di una qualche solennità, contenente l'attestazione del conseguimento del *quorum* deliberativo, e dell'approvazione o rigetto della proposta di delibera. Secondo il tenore testuale della norma citata, apparirebbe più fondato ritenere che il compito del presidente sia semplicemente quello di "accertare", con funzione essenzialmente certificativa, i risultati delle votazioni, dandone conto nel verbale redatto dal segretario, sicché un atto di solenne proclamazione, in presenza di tale accertamento, potrebbe anche mancare, senza pregiudizio della validità della deliberazione, così completata nel suo procedimento. Comunemente si parla di un "effetto costitutivo" e di "natura costitutiva" della proclamazione, ma tale affermazione è impropria nella misura in cui implica l'attribuzione al presidente dell'assemblea, di poteri che la più diffusa giurisprudenza riserva in via esclusiva all'autorità giudiziaria in sede di impugnazione della deliberazione. Non va trascurato, invero, che tale adempimento si fonda essenzialmente sul suo collegamento con l'organizzazione sociale, la quale è del tutto autonoma circa la gestione e la documentazione del procedimento deliberativo. Dunque, in concreto, la questione in rilievo è quella relativa ai poteri che spettano al presidente dell'assemblea, nel momento in cui egli accerta i risultati della votazione. E specificamente ci si chiede: alla luce del tenore testuale dell'art. 2373 cod. civ. è consentito al presidente dell'assemblea, così come sicuramente lo è al giudice, determinare se un voto legittimamente espresso in conflitto di interessi sia stato determinante e se vi sia una dannosità potenziale per la società, e conseguentemente espungere quel voto nel computo del *quorum* deliberativo e dal calcolo dei voti validi?

*

Alla base delle iniziative giudiziali intraprese dai due soci di minoranza (Caio e Sempronio) si trova indubbiamente l'allegazione dall'invalidità della delibera assembleare con riguardo al disposto dell'articolo 2373 cod. civ.- Il quale al primo comma stabilisce una limitazione –rappresentata dall'interesse sociale-, e non un divieto, all'esercizio del diritto di voto da parte del socio titolare (per conto proprio o di terzi) di un interesse confliggente con quello della società. La norma stabilisce che si può chiedere l'annullamento della relativa delibera, ove essa risulti assunta grazie a quel voto determinante e purché possa produrre danno alla stessa società. Il secondo comma, invece, vieta l'esercizio del diritto di voto in capo agli amministratori ove si debba deliberare intorno alla loro responsabilità, perché in tale ipotesi il pericolo di danno per la Società è *in re ipsa* e il conflitto di interessi è certo.

Qui è appena il caso di ricordare come si possa parlare di "conflitto d'interessi" di un socio di fronte ad una deliberazione assembleare all'ordine del giorno, allorquando egli sia portatore di due interessi: l'uno quale socio (interesse questo normalmente coincidente con l'interesse sociale), l'altro (per conto proprio o di terzi) esterno all'interesse sociale e confliggente, ossia contrastante, con il primo, sicché l'uno dei due potrà realizzarsi soltanto con il sacrificio dell'altro.

Si tratta in ogni caso dell'azione di annullamento *ex art. 2377* cod. civ., la prima delle azioni che sappiamo esercitata nel nostro caso dai soci di minoranza. Sappiamo anche che l'annullabilità è la specie di invalidità delle deliberazioni assembleari di carattere generale, mentre le ipotesi di nullità sono soltanto quelle tassativamente previste dall'art. 2379 cod. civ., dovendosi così escludere la possibilità di configurare il vizio della nullità della deliberazione richiamando le disposizioni sulla nullità del contratto (art. 1418 e ss. cod. civ.). La delibera assembleare è annullabile per la sua illegittimità, non nulla, anche se viola norme imperative e persino nei casi in cui sia addirittura giuridicamente "inesistente". Annullabile è ogni deliberazione che non sia stata presa in conformità della legge e dello statuto (art. 2377, co. 2, cod. civ.). Si considerino in particolare tutti i possibili vizi del procedimento (esclusi i casi di nullità): si pensi ad esempio alla deliberazione assunta con il voto determinante di non soci, o comunque di non legittimati al voto, o di un socio che abbia votato con il consenso viziato (art. 1425 e ss. cod. civ.). Si pensi anche all'ipotesi della deliberazione nella quale, per un errore nel

conteggio dei voti, sia stata proclamata come approvata una proposta in realtà respinta. Tuttavia, come si ripete, non si tratta mai di vizi di merito, ma soltanto di legittimità, essendo escluso ogni sindacato di merito sulla convenienza o sull'opportunità della deliberazione, non dovendosi mai attentare alla libertà del voto, e potendosi reprimere soltanto l'abuso di questa libertà. Ipotesi tipica di deliberazione viziata per abuso del diritto di voto è appunto quella di cui all'art. 2373 cod. civ. sopra richiamato.

Si può concludere che l'annullamento della deliberazione assembleare illegittima costituisce uno strumento di tutela "reale" (efficacia demolitoria) a protezione della minoranza, essendo volto, in virtù della propria natura costitutiva, a rimuovere gli effetti dell'atto, ripristinando la situazione *quo ante*. L'impugnazione messa in campo nel nostro caso ai soci di minoranza, dovrà ritenersi ammissibile, sommando le quote di partecipazione di Caio e Sempronio (singolarmente, 4%), risultando così superata la soglia minima (5% del capitale sociale) richiesta al terzo comma dell'art. 2377 cod. civ.-

*

Anche la deliberazione negativa può essere annullata, così come ogni manifestazione positiva della volontà dei soci affetta da invalidità.

Ma con quale effetto utile nel nostro caso, per i due soci di minoranza? Nessun effetto utile, se non si ritiene: a) che il socio di maggioranza Tizio ha votato invalidamente, in quanto il voto era viziato dal conflitto; b) le sue azioni (92%) vanno sottratte alla base di riferimento alla fine di determinare il quorum deliberativo, come avviene nelle ipotesi di cui all'art. 2368, co. 3, cod. civ.; c) non deve tenersi conto, per il calcolo della maggioranza, del voto invalidamente espresso dal socio che non avrebbe potuto votare perché in conflitto di interessi, in presenza di un danno potenziale per la società.

Questa, invero, è la seconda domanda proposta dai soci Caio e Sempronio: che il giudice, accertato il conflitto d'interessi in capo a Tizio e la dannosità potenziale della delibera di rigetto della proposta ai sensi dell'art. 2373 cod. civ. dichiarati, contestualmente all'annullamento, che la delibera apparentemente di rigetto, una volta "depurata" dell'elemento viziato, da considerarsi nullo, è in realtà una deliberazione di accoglimento della proposta. La sentenza produrrebbe l'"emersione" di una decisione, che risultava oscurata dal voto nullo di Tizio e dalla conseguente erronea proclamazione del risultato.

L'ipotesi qui sopra accennata attribuisce dunque al giudice un potere –diciamo così– “ricostruttivo” della volontà dei soci deliberanti in assemblea, tendendo ad assimilare concettualmente tale intervento (sostitutivo della volontà espressa dai soci) a quello rettificativo, che è sicuramente ammissibile nel (diverso) caso di erronea proclamazione dell'esito della votazione, allorché si sia verificato di un errato calcolo dei voti espressi in assemblea.

L'ipotesi presenta indubbiamente alcuni aspetti critici. Si potrebbe qui osservare anzitutto che l'articolo 2377 cod. civ. non sembra concedere spazio ad un siffatto intervento del giudice, sostitutivo di quella volontà che i soci hanno manifestato (in ipotesi, anche invalidamente) in assemblea. Ma soprattutto, potrebbe ritenersi insormontabile l'ostacolo rappresentato dalla natura costitutiva della sentenza così invocata, volta a ricostruire in positivo una modifica nella realtà giuridica sostanziale (in concreto: la produzione giudiziale di una delibera positiva), che l'ordinamento non consente in assoluto.

Soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge (e il nostro caso non è tra quelli) l'Autorità Giudiziaria può costituire, modificare od estinguere rapporti giuridici, come dice tassativamente l'art. 2908 cod. civ.- E ciò indurrebbe a ritenere che avverso la delibera assembleare illegittima è consentito al giudice soltanto l'intervento demolitorio proprio dell'annullamento disciplinato all'art. 2377 cod. civ., non invece l'intervento sostitutivo/ricostruttivo qui sopra prospettato.

*

Alla luce di quanto precede, potrebbe apparire attendibile la conclusione che, nel nostro caso, i due soci di minoranza si trovano, concretamente, sprovvisti di tutela. Ai soci privi del diritto di voto e pertanto non legittimati all'azione di annullamento, e ai soci che non rappresentano la parte di capitale pari al 5% del medesimo, il quarto comma dell'art. 2377 cod. civ. concede, peraltro, il “*diritto al risarcimento del danno loro cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto*”. Vediamo così che la legge ha voluto consentire in favore del socio di minoranza, non protetto dalla tutela reale/ripristinatoria, una tutela di natura obbligatoria/risarcitoria, affinché egli possa ottenere dalla società il riconoscimento del pregiudizio che gli sia derivato, direttamente o indirettamente per il depauperamento del

patrimonio sociale, in conseguenza dell'illegittimità di una deliberazione assembleare. Questa è la terza azione esperita, nel nostro caso, dai soci di minoranza.

I danni, dei quali il socio di minoranza può chiedere il ristoro, e che devono essere allegati come esistenti (mentre la tutela "reale" è svincolata da tale requisito), sono quelli provocati dalla deliberazione invalida in sé, non dal vizio della stessa. Ora, se si tiene presente che normalmente le deliberazioni dell'assemblea ordinaria sono atti organizzativi, in genere inidonei a produrre *ex se* ed immediatamente effetti pregiudizievoli di natura patrimoniale (si pensi alla nomina dell'organo amministrativo e del collegio sindacale, o alla stessa approvazione del bilancio), è agevole la conclusione che in molti casi la tutela risarcitoria, offerta al socio non legittimato all'azione di annullamento, si risolve in una tutela puramente teorica.

D'altro canto, appare problematica la configurazione di un illecito e di un conseguente diritto al risarcimento, in assenza dei connotati tipici di questa fattispecie (fatto colposo- nesso di causalità- danno). Perciò appare più attendibile la configurazione di una tutela indennitaria, piuttosto che risarcitoria: tutela volta semplicemente a riparare l'effetto pregiudizievole per il patrimonio del socio, derivante dall'adozione della delibera invalida, astraendo da ogni riferimento ad elementi psicologici di dolo o di colpa.

Questa tutela obbligatoria del socio è concessa anche ove sussista la sua legittimazione ad ottenere la tutela reale, purché le due azioni siano proposte congiuntamente. Aspetto questo che, nel nostro caso, impone alcune riflessioni in ordine alla proponibilità di questa azione da parte distintamente di Caio e di Sempronio.