

Lezione del
23 maggio 2018

*12.4. La governance della SPA:
Assemblea, invalidità delle delibere
assembleari. Amministratori.
Sindaci.*

Prof.ssa Emanuela Arezzo
Corso di Diritto Commerciale

Modelli di organizzazione di una S.P.A.

- Tradizionale;
- Dualistico (ispirazione tedesca)
- Monistico (ispirazione anglosassone)

Nota comune ai tre sistemi: controllo contabile affidato ad una società esterna (c.d. di revisione)

Modello tradizionale

- **Assemblea dei soci;**
 - Organizzazione della società:
 - Funzioni deliberative.
- **Organo amministrativo;**
 - Gestione dell'impresa sociale;
 - rappresentanza legale della società;
 - Attuazione delle deliberazioni dell'assemblea.
- **Organo di controllo interno (collegio sindacale):**
 - Controllo sull'organizzazione e sulla gestione della società.

N.B. Il controllo contabile è oggi svolto da un organo di controllo esterno (revisore contabile).

12.4.1. L'assemblea dei soci.

Prof.ssa Emanuela Arezzo
Corso di Diritto Commerciale

assemblea

- Organo composto dalle persone dei **soci**;
- **Funzione deliberativa** → formazione della volontà sociale.
- Decide seguendo il **metodo collegiale** e secondo il **principio maggioritario**;
- Le sue deliberazioni hanno **carattere vincolante** per la **totalità dei soci**, ancorché assenti o dissenzienti, purché adottate in conformità ai requisiti del procedimento assembleare.
 - N.B. non sussiste un obbligo di partecipazione alle assemblee per il socio (modulazione dei quorum costitutivo e deliberativo a seconda dell'importanza dell'oggetto dell'assemblea).
- Si distingue:
 - A seconda dell'importanza dell'**oggetto**: in ordinaria e straordinaria (art. 2363, 2°, c.c.);
 - A seconda di **chi è legittimato** a parteciparvi: in generale o speciale (ad es. quando l'oggetto afferisce questioni specifiche di una certa categoria di azioni).

Assemblea ordinaria (art. 2364)

- Approva il bilancio:
 - n.b. non può deliberare sue modifiche, né sostituirsi agli amministratori nella redazione del rendiconto di gestione;
- Nomina e revoca gli amministratori, sindaci;
- Determina compenso di questi ultimi (ove non compare nell'atto costitutivo);
- Delibera sulla responsabilità di amministratori e sindaci;
- Delibera su altri oggetti attribuiti dalla legge;
 - Acquisto di azioni proprie;
 - Riduzione del capitale per perdite;
 - **Autorizzazione** agli amministratori eventualmente richiesta dallo statuto per il compimento di determinati atti: *ferma restando la responsabilità di questi ultimi per gli atti compiuti.*
- Approva un regolamento dei propri lavori.

Assemblea straordinaria(art. 2365 c.c.)

L'assemblea straordinaria delibera su:

- **modifiche dello statuto;**
- Nomina, sostituzione e poteri dei **liquidatori;**
- Ogni altra materia attribuitagli dalla legge:

Competenze facoltative:

- a. Emissione di obbligazioni convertibili: di norma spetta agli amministratori, ma lo statuto potrebbe stabilire diversamente (2410 c.c.);
- b. Competenze che spetterebbero all'assemblea straordinaria, se lo statuto non prevede di trasferirle agli amministratori:
 - Operazioni di fusione;
 - Indicazione degli amministratori dotati di rappresentanza;
 - Istituzione/soppressione di sedi secondarie,
 - Riduzione di capitale sociale in caso di recesso di socio, etc.;

Le assemblee speciali

Assemblee cui sono legittimati a partecipare solo **i portatori di azioni di categoria speciali** (i.e. diverse da quelle ordinarie).

L'assemblea speciale viene convocata dagli **amministratori** e possono essere convocati solo i soci di categoria.

Generalmente l'assemblea speciale viene convocata ogni qualvolta in seno all'assemblea ordinaria di discussa su temi che possano **pregiudicare** i diritti degli azionisti speciali.

In tal caso la deliberazione dell'assemblea ordinaria deve essere approvata anche dall'assemblea speciale.

Come si convoca l'assemblea

- L'assemblea viene convocata dal **CdA** attraverso **delibera**;
- La convocazione avviene tramite **avviso** pubblicato in GU e su un quotidiano indicato nello statuto.
- L'avviso deve contenere:
 - Indicazione di giorno, luogo e ora;
 - Elenco delle materie da trattare (c.d. **ordine del giorno**):
 - **Funzione** → circoscrivere la competenza deliberativa della singola assemblea.
- Solo per le **quote**, i soci che rappresentano (anche insieme) 1/40 del capitale sociale hanno il diritto di richiedere un' **integrazione dell'ordine del giorno** (dopo che l'ass. è stata convocata).

Quando si convoca l'assemblea

L'assemblea viene convocata dal **CdA** *ogni qualvolta lo ritenga necessario*, tuttavia:

Ipotesi in cui la convocazione è dovuta **per legge**:

1. Una volta l'anno, per discussione ed approvazione del **bilancio** (120 gg dalla chiusura dell'esercizio);
2. In seconda convocazione, per **mancaza del quorum costitutivo**;
3. Senza indugio, nei casi di **riduzione del capitale** (di oltre un terzo) **per perdite**.
4. Nel caso in cui la **convocazione** sia stata **richiesta da soci** che detengano almeno il 10% del capitale sociale (1/20 nelle società che ricorrono al cap. di rischio);

L'assemblea convocata dai soci

- ✧ la **convocazione** deve essere **richiesta da soci** che detengano almeno il 10% del capitale sociale (1/20 nelle società che ricorrono al cap. di rischio);
- ✧ I soci possono scegliere le **materie** oggetto dell'**ordine del giorno**;
- ✧ N.B. non si possono indicare materie per le quali la legge prevede una proposta/progetto/relazione da parte degli amministratori:
 - ✧ Es. approvazione e redazione del bilancio; no operazioni straordinarie come fusione o trasformazione.

N.B. il **Collegio Sindacale** è tenuto a convocare l'assemblea ogniqualvolta il CdA non abbia provveduto e la convocazione era dovuta per legge.

L'assemblea totalitaria

Assemblea totalitaria (art. 2366, 4° e 5°):

Il mancato rispetto delle formalità richieste non osta a che l'assemblea si riunisca e deliberi se:

- Sono presenti **tutti i soci**:
 - i.e. è rappresentato l'intero capitale sociale con **diritto di intervento**;
- È presente la **maggioranza dei componenti di CdA e del CS**.

N.B. ogni socio può **opporsi** alla discussione e alla votazione lì dove queste vertano su argomenti dei quali non è stato sufficientemente informato.

I componenti di CdA e CS presenti devono dare **tempestiva comunicazione** ai componenti assenti delle deliberazioni assunte.

I soggetti che prendono parte all'assemblea

- Possono intervenire in ass. solo gli **azionisti cui spetta il diritto di voto** (art. 2370, 1°, c.c.):
- I **soggetti** che, pur non essendo soci, **hanno diritto di voto**:
 - l'usufruttuario;
 - il creditore pignoratizio;
 - Il custode (art. 2352 c.c.).
- Intervengono anche amministratori e sindaci;

N.B. I soci che riuniscono almeno **1/3 del capitale sociale** rappresentato in assemblea possono chiederne il **rinvio** (art. **2374 c.c.**):

- Ove non sufficientemente informati sull'oggetto su cui deliberare;
- Non più di 5 gg;
- Diritto esercitabile una sola volta per il medesimo oggetto.

Legittimazione all'intervento in assemblea

- modalità di accertamento del diritto del socio di intervenire in assemblea:

società **non** quotate (art. 2370 c.c.)

Regola: La titolarità del diritto di voto deve sussistere il gg dell' adunanza;

- Ove **non** siano stati emessi titoli, il Presidente dell'Ass. dovrà verificare le generalità del socio, la rispondenza al nominativo iscritto nel libro soci, la percentuale di diritti attribuitagli;
- Ove siano stati emessi i titoli:
 - a. Il socio è tenuto ad esibirli al Presidente che verificherà seduta stante;
 - b. Lo statuto può richiedere il **deposito preventivo** del titolo presso la sede sociale o intermediario indicato nell' avviso.

Legittimazione all'intervento in assemblea

Società quotate (art. 83-sexies TUF)

• Nel caso di **azioni dematerializzate**, il diritto di intervento viene certificato a mezzo di **comunicazione rilasciata dall'intermediario** (che detiene i conti su cui sono depositate le azioni) in favore del soggetto a cui spetta il diritto di voto.

Regola della c.d. **record date**:

- “la comunicazione prevista nel comma 1 è effettuata dall'intermediario sulla base delle evidenze relative **al termine della giornata contabile del settimo giorno di mercato aperto precedente la data fissata per l'assemblea** in prima o unica convocazione” (art. 83-sexies, 2°, TUF).
- “Le registrazioni in accredito e in addebito compiute sui conti successivamente a tale termine non rilevano ai fini della legittimazione all'esercizio del diritto di voto nell'assemblea” → c.d. **empty voting**

Svolgimento dell'assemblea

- Il presidente dell'assemblea:
 - Nomina: contenuta nello statuto o eletto a maggioranza dei presenti;
 - Funzioni:
 - Verifica la regolarità della costituzione (identità dei presenti con diritto al voto; raggiungimento del quorum);
 - Coordina lo svolgimento dei lavori;
 - Presiede alla conta dei voti;
 - Proclama l'esito della votazione;
 - Il segretario redige il verbale;
 - In assemblea straordinaria le funzioni di segretario sono svolte da un notaio.

- Art. **2375** richiede che la delibera risulti da apposito **verbale**;
 - Interesse di ogni socio a poter conoscere delle vicende assembleari;
 - **Iscrizione** nel registro delle imprese;
 - **Trascrizione** nel **libro delle adunanze e delle deliberazioni** dell'assemblea (tenuto dagli amministratori);
 - Nel caso di delibera che modifica lo statuto va **depositata** anche **copia dello statuto**, e
 - In questo caso la delibera modificativa dello statuto produce effetti solo dopo l'iscrizione (art. 2436 cc).

Contenuto del verbale (art. 2375 c.c.)

- Data dell'assemblea;
- Identità dei partecipanti e la quota di capitale rappresentata da ciascuno;
- Modalità e risultato delle votazioni;
- Deve consentire l'identificazione dei soci contrari, astenuti o assenti.

N.B. obbligo di sottoscrizione da parte del
Presidente e del segretario/notaio

Rappresentanza del socio

- Gli azionisti possono partecipare all'assemblea a mezzo di **rappresentante** (art. 2372, 1°).
- La delega deve essere:
 - Sempre per atto scritto;
 - No delega in bianco;
 - La procura è sempre revocabile;
 - La rappresentanza non può essere conferita a componenti del CdA o ai Sindaci;
- Per le soc. non quotate: una persona non può rappresentare più di venti soci;
- Per le soc quotate: la rappresentanza può essere conferita solo per singole assemblee.
- Nelle SPA con azioni quotate nei mercati regolamentati:
 - **Sollecitazione di deleghe** mediante diffusione di un prospetto informativo e di un modulo di delega;
 - La sollecitazione viene effettuata **mediante un intermediario**;
 - Può anche essere richiesta da associazioni di azionisti (che dovrebbero tutelare le minoranze disorganizzate).

Il voto in conflitto di interessi

- Non sussiste obbligo di partecipazione in assemblea;
- Contenuto del voto è **libero** e non sussiste obbligo di motivazione:
 - Il socio può decidere di motivare il voto: dichiarazione di voto;
- Il socio dovrebbe votare nell'interesse *uti socius* e non *uti singulus*, cioè nell'interesse comune di tutti i soci;
- **Non sussiste un obbligo di astensione** per il socio che si trovi in **conflitto di interessi** con l'oggetto della delibera;
 - Tuttavia, può dichiarare di astenersi perché in conflitto (art. 2368, 3°)
- Il voto reso in conflitto di interessi dà tuttavia luogo a **causa di annullabilità** della delibera, se:
 - Questa è stata adottata con il voto determinate di quel socio;
 - È idonea ad arrecare danno alla società.

I sindacati di voto

Cosa sono?

Accordi (altra tipologia di **patto parasociale** insieme ai sindacati di blocco) con cui i soci **pre-determinano la strategia di voto** in assemblea (art. 2341-bis, lett. a)).

Vantaggi:

- stabilità di guida della impresa societaria, quando stipulato tra gli azionisti che rappresentano il **gruppo di comando**;
- Più efficace tutela degli interessi comuni, quando stipulato tra **azionisti di minoranza**.

Rischi:

- Cristalizzazione del gruppo di comando, specie se uniti a sindacati di blocco;
- Esautorazione dell'assemblea dal suo ruolo decisionale;
- Possibilità di esercitare un' influenza determinante in assemblea anche se non si detiene la maggioranza del capitale sottoscritto.

I sindacati di voto: segue

Disciplina:

- Il patto vincola solo le parti:
 - Il voto resta valido anche se reso in contrasto con il patto parasociale;
 - Il socio inadempiente è tenuto al risarcimento del danno;
- Durata:
 - 5 anni, rinnovabile;
 - Se privo di termine, **diritto di recesso** con preavviso di 180 gg;
- Pubblicità:
 - Società non quotate:
 - Obbligo di **comunicazione** del patto alla **società** e **dichiarazione** *in apertura di ogni assemblea*;
 - **L'omessa dichiarazione** comporta la **sospensione del diritto di voto** e **l'impugnabilità delle delibere** adottate con voto determinante dell'azionista che non si sia astenuto dal votare ex art. 2377 c.c.
 - Società quotate:
 - Obbligo di **comunicazione** del patto alla **Consob**, pubblicazione di un estratto su quotidiano, deposito presso r.i.;
 - La violazione degli obblighi di comunicazione comporta la **nullità del patto** e la **sospensione del diritto di voto**, con conseguente **impugnabilità della delibera** ex art. 2377 c.c.

12.4.2. l'invalidità delle delibere assembleari.

Prof.ssa Emanuela Arezzo
Corso di Diritto Commerciale

Invalidità delle delibere assembleari

N.B. Distinzione tra nullità e annullabilità, ma con differenze sostanziali rispetto alla classica disciplina civilistica.

Due ipotesi:

- Violazione di norme che regolamentano il **procedimento assembleare**;
- Violazioni concernenti il **contenuto della delibera**.

Invalidità delle delibere assembleari: il sistema precedente

Finalità: tutelare certezza e stabilità delle delibere.

- Nullità = sanzione eccezionale;
 - Oggetto impossibile;
 - Oggetto illecito.
- Annullabilità = tutto il resto, tra cui vizi di procedimento anche molto gravi
 - omessa convocazione ass.,
 - omessa verbalizzazione,
 - mancato rispetto delle maggioranze richieste.
- Termine di prescrizione per l' esercizio dell' azione di annullamento 3 mesi.

La giurisprudenza aveva aggiunto una terza categoria non prevista dal codice:

Delibere c.d. inesistenti:

- Vizi di procedimento talmente gravi, ovvero
- Mancanza dei requisiti minimi essenziali tali da rendere impossibile addirittura qualificare l'atto come delibera assembleare.

Sanzione = **nullità radicale**.

Risultato: possibilità di rendere nulle (e non semplicemente annullab.) delibere ass. che presentavano vizi di procedimento molto gravi.

Problema: situazione di grave incertezza interpretativa e, dunque, giuridica.

Invalidità delle delibere assembleari: nuova disciplina

Obiettivo: ripristinare la certezza del diritto riconducendo tutti i possibili vizi delle delibere assembleari a solo due ipotesi tassative (nullità e annullabilità).

Eliminare il ricorso alla categoria delle delibere c.d. *inesistenti*.

Delibere annullabili

Carattere residuale:

Sono annullabili tutte le delibere che non sono state prese in conformità alla legge o allo statuto (art. 2377, 2° comma);

In particolare, possono dar luogo ad annullabilità:

1. La partecipazione di persone non legittimate (es. azionisti privi di voto);
2. Invalidità dei singoli voti;
3. Verbale inesatto o incompleto.

N.B. si tratta di fattispecie che talvolta avevano dato luogo a pronunzie di **inesistenza** → oggi: inesistenza materiale (verbalizzazione di assemblea mai tenutasi)

Altre ipotesi:

- Delibera adottata con voto determinate del socio **in conflitto di interessi**;
- Delibera adottata con voto determinante dell'azionista che avendo omesso di dichiarare l'esistenza del **sindacato di voto** non si sia astenuto dal votare.

“Resistenza” della delibera

La delibera inficiata da un vizio che tuttavia non fa dubitare del fatto che attraverso essa i soci abbiano preso una decisione meritevole di tutela “resiste” all’ annullabilità.

Di conseguenza, può aversi annullabilità nel caso di (art. 2377, 5°, c.c.):

1. *La partecipazione di persone non legittimate*, ma **solo se** tale partecipazione è stata determinante ai fini della regolare costituzione dell’ ass. (**quorum costitutivo**);
2. *Invalidità dei singoli voti*, **solo se** determinanti per raggiungere il **quorum deliberativo**;
3. *Verbale inesatto o incompleto*, **solo nel caso in cui** sia **impossibile accertare il contenuto**, gli effetti o la validità della delibera stessa.

Delibere annullabili

- Soggetti **legittimati ad impugnare**: solo i soggetti previsti dalla legge:
 - soci assenti, dissenzienti o astenuti,
 - amministratori, consiglio di sorveglianza e collegio sindacale;
 - In alcuni casi particolari: Consob, Banca d' Italia, Isvap.
 - No: soci che hanno votato in senso favorevole;
 - No: terzi qualificati, come creditori sociali.
- Per evitare mere azioni pretestuose, non possono impugnare i singoli soci con diritto di voto, ma
 - gli azionisti con diritto di voto che rappresentano l'uno per mille del capitale sociale nelle quotate e il 5% nelle non quotate (art. 2377, 3° comma).
- I soci non legittimati hanno diritto al **risarcimento del danno** subito dalla invalidità della delibera (art. 2377, 4° comma).

Delibere annullabili

- Termine per l'impugnativa o per l'azione di risarcimento: **90 gg** dalla **data della delibera** o, se vi è soggetta dall'**iscrizione/deposito** nel registro delle imprese (art. 2377, 6°, c.c.).
- Foro competente: Tribunale dove ha sede la società;
- Detenzione del numero di azioni previsto all'art. 2378, 2° comma, c.c. al momento dell'impugnativa e durante tutto il procedimento.
 - Se viene meno, il giudice non può pronunciarsi sull'annullamento ma solo sul risarcimento del danno.
- Effetti dell'annullamento (art. 2377, 7°, c.c.):
 - Effetto su tutti i soci;
 - Obbliga gli amministratori a prendere gli opportuni provvedimenti;
 - Sono fatti salvi i diritti acquistati dai terzi in buona fede sulla base della delibera.

Delibere nulle

Novità rispetto alla disciplina precedente:

- Aumento dei casi di nullità da uno a **tre**;
- Introduzione di una **disciplina ad hoc** (non più rimando a disciplina generale della nullità dei contratti).

Casi di nullità sono **tassativi**.

Delibere nulle

1. Delibere il cui oggetto è impossibile o illecito (i.e. contrario a norme imperative, ordine pubblico o buon costume):
 - Es. delibera con cui i soci propongono di non far redigere il bilancio.
- 1.1. Delibere aventi oggetto lecito ma contenuto illecito:
 - Es. l'assemblea approva un bilancio falso (qui l'oggetto è lecito: approvazione del bilancio; ma il contenuto è illecito: trattasi di bilancio falso)
2. Mancata convocazione dell'assemblea
3. Mancanza del verbale.

Portata molto ridimensionata

1. Mancata convocazione dell' assemblea. Non si ha nullità in caso di:
 - l' irregolarità dell' avviso,
 - Quando l' avviso proviene da un componente dell' organo amministrativo o di controllo della società e
 - L' avviso è comunque idoneo a consentire agli aventi diritto di essere avvertiti circa la convocazione e la data dell' assemblea (art. 2379, 3° comma)

2. Mancanza del verbale:
 - Il verbale non si considera mancante se contiene la **data** e l' **oggetto** della deliberazione ed è **sottoscritto** dal presidente dell' ass./del cda/del cds e dal segretario o dal notaio;
 - La nullità per mancanza del verbale è **sanabile** con effetto retroattivo attraverso la verbalizzazione eseguita prima dell' ass. successiva (c.d. **verbale tardivo**).

- La nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse (e anche d'ufficio dal giudice);
- Termine di decadenza: tre anni dalla iscrizione o deposito nel registro delle imprese, ovvero dalla trascrizione nel libro delle adunanze dell'assemblea;
 - Non esiste un termine solo per le delibere che *modificano* l'oggetto sociale introducendo **attività illecite o impossibili**.
- La nullità non pregiudica i diritti acquistati in buona fede dai terzi.
- La nullità non può essere dichiarata se la delibera viene sostituita da altra valida prima dell'assemblea successiva (art. 2379-bis, 2°, c.c.).