

# LA FORMAZIONE DELLE DECISIONI DELL'ASSEMBLEA

## ASSEMBLEA ORDINARIA E ASSEMBLEA STRAORDINARIA

L'assemblea può riunirsi in sede ordinaria o in sede straordinaria. La differenza attiene essenzialmente le diverse competenze e in parte alla diversa composizione. Le competenze dell'assemblea ordinaria sono diverse a seconda che si tratti di una società che ha scelto il sistema dualistico o altro sistema. Nel secondo caso è cioè nelle società in cui non esiste il consiglio di sorveglianza, l'assemblea ordinaria è competente nelle materie elencate nel citato 2364. Nelle società ove è previsto il consiglio di sorveglianza, l'assemblea: nomina e revoca i consiglieri di sorveglianza; ne determina il compenso; delibera sull'azione di responsabilità nei loro confronti; delibera sulla distribuzione degli utili; nomina il revisore (2364-bis).

L'assemblea deve essere convocata in seduta straordinaria quando occorre deliberare sulle modifiche dello statuto e sulla nomina, sostituzione e poteri dei liquidatori (2365). Questo elenco non è esaustivo. Altre norme prevedono altri oggetti di competenza dell'assemblea straordinaria (ad esempio la domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo).

I componenti dell'assemblea ordinaria di quella straordinaria in genere (ma non necessariamente: ad esempio in caso di emissione di azioni con voto limitato alle assemblee straordinarie, 2351) coincidono: si tratta in entrambi i casi dei portatori di azioni ordinarie. La differenza tra questi due tipi di assemblea riguarda i quorum richiesti per la validità delle deliberazioni.

L'assemblea ordinaria, in prima convocazione, è regolarmente costituita con l'intervento di tanti soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale (quorum costitutivo) e delibera a maggioranza assoluta (quorum deliberativo) salvo che lo statuto richieda una maggioranza più elevata. In seconda convocazione l'assemblea ordinaria delibera sugli oggetti che avrebbero dovuto essere trattati nella prima, qualunque sia la parte del capitale rappresentata dai soci partecipanti.

Per l'assemblea straordinaria, occorre distinguere. Per le società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio in prima convocazione, è fissato, in generale, il solo quorum deliberativo. È previsto infatti essa delibera con il voto favorevole in tanti soci che rappresentino più della metà del capitale sociale, se lo statuto non richiede una maggioranza più elevata. La distinzione tra quorum e ricompare nella seconda convocazione dove è richiesto un quorum costitutivo di oltre un terzo, è un quorum deliberativo pari ad almeno i due terzi del capitale presente. Per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, è sempre prevista, anche in prima convocazione, la distinzione tra quorum costitutivo, e quorum deliberativo. Il quorum costitutivo è pari a più della metà del capitale sociale in prima convocazione; a più di un terzo in seconda convocazione è a più di 1/5 nelle convocazioni successive. Il quorum deliberativo valido per tutte le convocazioni è sempre pari ad almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea.

In conclusione: l'assemblea è ordinaria o straordinaria a seconda dell'oggetto su cui è chiamata a deliberare. La differenza consiste quasi esclusivamente nei diversi quorum richiesti. La verbalizzazione dell'assemblea straordinaria deve avvenire ad opera di un notaio.

Ai fini del calcolo dei quorum e le legislature ha previsto che, per quanto attiene al quorum costitutivo, siano escluse dal computo le azioni prive di voto nell'assemblea medesima. Il quarto comma del 2368 chiarisce inoltre che le azioni per le quali non può essere esercitato il diritto di voto rientrano nell'aliquota necessaria alla regolare costituzione dell'assemblea. Queste stesse azioni e quelle appartenenti ai soci in conflitto di interessi che dichiarino di astenersi per tale ragione dal voto non sono computate ai fini del calcolo della maggioranza e della quota di capitale richiesta per l'approvazione della deliberazione (2368 ult.comma).

Il 2357-ter stabilisce che le azioni proprie sono computate nel capitale ai fini del calcolo delle quote richieste per la costituzione e per le deliberazioni dell'assemblea (se la società possiede azioni proprie per un ammontare pari al 10% del capitale, il quorum costitutivo è sempre pari al 50% e non scende al 45%).

La legge talora prevede espressamente che i quorum e indicati possono essere aumentati dallo statuto, mentre non prevede mai e che possono essere abbassati. Fanno eccezione le deliberazioni di approvazione del bilancio e di nomina e revoca delle cariche sociali, per le quali è espressamente previsto che lo statuto non possa richiedere maggioranze più elevate (2369). Tale norma assicura che l'assemblea ordinaria in seconda convocazione possa sempre deliberare sulle materie indicate, quale che sia la percentuale degli intervenuti. Se potesse essere introdotto un quorum nascerebbe il rischio di un'impossibilità di funzionamento dell'assemblea.

## **CONVOCAZIONE E INTERVENTO**

L'assemblea è convocata dagli amministratori o, se la società ha scelto il sistema dualistico, dal consiglio di gestione, nel comune dove ha sede la società mediante avviso contenente l'indicazione del giorno, dell'ora e del luogo dell'adunanza e l'elenco delle materie da trattare, che deve essere pubblicato nella Gazzetta Ufficiale o in almeno un quotidiano indicato nello statuto almeno 15 giorni prima di quello fissato per l'assemblea. Lo statuto delle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio può consentire la convocazione con altri mezzi che garantiscano la prova dell'avvenuto ricevimento almeno 8 giorni prima dell'assemblea. Per le società quotate il termine è di 30 giorni. Per gli amministratori di tali società a posto l'obbligo di mettere a disposizione del pubblico presso la sede sociale, e presso la società di gestione del mercato di quotazione, almeno 15 giorni prima di quello fissato per l'assemblea, 1 relazione sulle proposte concernenti le materie poste all'ordine del giorno.

L'assemblea ordinaria deve essere convocata almeno una volta all'anno, entro 120 giorni dalla chiusura dell'esercizio sociale. Lo statuto può stabilire un termine maggiore, non superiore a 180 giorni, nel caso di società tenute alla redazione del bilancio consolidato ovvero quando lo richiedano particolari esigenze relative alla struttura e all'oggetto della società.

L'assemblea deve essere obbligatoriamente convocata quando ne ha fatta domanda da tanti soci che rappresentano almeno il decimo del capitale sociale e nella domanda sono indicati gli argomenti da trattare. In queste ipotesi, se gli amministratori del consiglio di gestione, non provvedono, la convocazione è ordinata dal presidente del tribunale. La convocazione su richiesta dei soci non è ammessa per argomenti sui quali l'assemblea delibera, a norma di legge, su proposta degli amministratori o sulla base di una relazione da essi predisposta (2367).

Nelle società quotate, il nuovo 126-bis t.u.f. dispone che la minoranza che rappresenti almeno un quarantesimo del capitale sociale abbia inoltre il diritto di chiedere l'integrazione dell'ordine del giorno di assemblee già convocate (entro cinque giorni dalla pubblicazione dell'avviso di convocazione), indicandogli ulteriori argomenti proposti, naturalmente nei limiti di cui al 2367.

L'assemblea si reputa regolarmente costituita, anche in assenza di convocazione, quando siano presenti l'intero capitale sociale, e la maggioranza dei componenti degli organi amministrativi e di controllo (assemblea totalitaria). In questa ipotesi, ciascuno degli intervenuti può opporsi alla discussione. Quando l'assemblea sia stata convocata regolarmente, un rinvio, non superiore a cinque giorni, può essere richiesto dai soci che riuniscono  $\frac{1}{3}$  del capitale rappresentato in assemblea, che dichiarano di non essere sufficientemente informati sugli oggetti posti in votazione.

## **SVOLGIMENTO DELL'ASSEMBLEA**

L'assemblea è presieduta dalla persona indicata nello statuto o, in mancanza, da quella eletta con il voto della maggioranza dei presenti. Il presidente è assistito da un segretario designato nello stesso modo, la cui esistenza è peraltro su per quando il verbale è redatto da un notaio (2371). La redazione del verbale ad opera del notaio è obbligatoria in caso di assemblea straordinaria. Negli altri casi il verbale deve essere sottoscritto dal presidente e dal segretario. Sempre a norma del 2371 e il presidente dell'assemblea verifica la regolarità della costituzione, accerta l'identità e la legittimazione dei presenti, regola il suo svolgimento ed accerta i risultati delle votazioni; degli esiti di tali accertamenti deve essere dato conto nel verbale.

I problemi principali in materia di svolgimento dell'assemblea nascono dall'assenza di precisi criteri che consentano di valutare la sostanziale delle decisioni con cui il presidente ha influito sullo svolgimento dell'assemblea. Alcune questioni sono facilmente solubili ricorrendo al semplice buon senso. È intuitivo ad esempio che pur nel silenzio della legge, non può essere negato il sorso il diritto di esprimere la sua opinione. Una decisione del presidente che privasse un socio del diritto di parola renderebbe anno labile la delibera. Non sempre però il buon senso è sufficiente. Si pensi ad esempio ad una decisione che assegnasse ai soci per i loro interventi in tempi non uguali, ma proporzionati alla quota di capitale posseduta; oppure ad una decisione che imponesse di sorteggiare su ogni punto all'ordine del giorno i soci legittimati a parlare.

## **L'ESERCIZIO DEL DIRITTO DI VOTO**

In base al 2351 ogni azione attribuisce il diritto di voto. Tuttavia, possono esistere anche categorie per le quali il diritto di voto è limitato o escluso. Inoltre, esso può essere in certi casi interdetto (esempio socio moroso), sospeso (esempio azioni proprie in possesso della società) e ho assegnato a soggetti diversi dal socio (esempio pegno).

E' discusso se il socio titolare di più azioni possa votare con alcune in una certa maniera, e con altre in maniera diversa. In un caso, esaminato dalla giurisprudenza tedesca, un comune aveva diversi partiti e questo comune possedeva una partecipazione maggioritaria in una società mista, ossia pubblica e privata. Venne deciso che il

comune non fosse rappresentato nell'assemblea della società dal sindaco, ma da alcuni consiglieri appartenenti a diversi partiti. Al momento della votazione e rappresentanti votarono uno in un modo e uno in un altro. I giudici in un primo momento decisero che non era ammissibile che il comune votasse in maniera diversa, però subito dopo la giurisprudenza si orientò nel senso che il modo divergente è perfettamente ammissibile. E questa è oggi l'opinione più diffusa nei vari ordinamenti. Un solo aspetto del voto divergente può suscitare reazioni. È quello relativo all'impugnazione: poiché le delibere annullabili possono essere impugnate solo dai soci assenti e dissenzienti, il socio potrebbe votare con la quasi totalità delle sue azioni a favore e con una sola azione contro, allo scopo di preconstituirsì la possibilità di impugnare. Tale tentativo di eludere il 2377 sembra però essere adeguatamente represso in sede di accertamento della legittimazione dell'impugnativa, senza alcuna necessità di porre in discussione la validità del voto.

Altro rilevante problema relativo alla modalità di espressione del voto, riguarda l'ammissibilità del voto segreto. Questa, che è stata perlopiù negata sulla base di vari argomenti, i principali dei quali sembrano quello che invoca il 2377 (legittimazione all'impugnazione delle delibere annullabili limitata ai soci assenti e dissenzienti) e la impossibilità, in caso di voto segreto, di accertare se l'impugnante aveva votato a favore o contro la delibera impugnata, nonché il già ricordato 2373 (compito di interessi), deve ritenersi oggi esclusa in virtù del disposto del 2375 in base alla quale il verbale dell'assemblea deve consentire l'identificazione dei soci favorevoli, astenuti o dissenzienti.

La legge non dice nulla in ordine ai sistemi di votazione che possono essere adottati. Il solo 2368 prevede che per la nomina alle cariche sociali l'atto costitutivo può stabilire norme particolari. Tra queste rientra l'adozione di sistemi di votazione che attuino la regola proporzionale, così consentendo anche alle minoranze di essere rappresentate nell'organo amministrativo.

Il 2370, prevede infine che lo statuto possa consentire l'intervento in assemblea mediante mezzi di telecomunicazione o l'espressione del voto per corrispondenza.

## **RAPPRESENTANZA DEI SOCI IN ASSEMBLEA : DIVIETI LEGALI**

Il primo comma del 2372 enuncia la regola per cui i soci possono farsi rappresentare nell'assemblea a meno che lo statuto non contenga una disposizione contraria. E successivi commi sono proposte un'ampia serie di condizioni e limitazioni al potere del socio di farsi rappresentare:

- la delega non può essere rilasciata con il nome del rappresentante in bianco; ed è sempre revocabile nonostante ogni patto contrario. Il rappresentante può farsi sostituire solo da chi sia espressamente indicato nella delega;
- se la rappresentanza conferita ad una società, associazione, fondazione o da altro ente collettivo o istituzione, questi possono delegare soltanto un proprio dipendente o collaboratore;
- la rappresentanza non può essere conferita né ai membri degli organi amministrativi o di controllo, o ha i dipendenti della società, né alle società da esse controllate o i membri degli organi amministrativi e di controllo e dipendenti di queste;
- nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio la rappresentanza può essere conferita solo per singole assemblee con effetto anche per le successive convocazioni, salvo che si tratti di procura generale di procura conferita da una società, associazione, fondazione o altro ente collettivo o istituzione ad un proprio dipendente.

Il sesto comma prevede inoltre che la stessa persona non può rappresentare in assemblea più di 20 soci, se si tratta di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, più di 50 se la società ha capitale non superiore a € 5 milioni, più di 100 se la società ha capitale superiore a € 5 milioni e più di 200 se la società ha capitale superiore a € 25 milioni. Tali divieti sono stati introdotti con legge 216/74. Nelle società quotate invece è possibile derogare ai divieti del 2372 quando ricorrono le ipotesi della sollecitazione o della raccolta di deleghe. Uno dei divi più rilevanti introdotto dalla legge 216 e cioè quello di conferire deleghe alle banche è stato poi abrogato da 210 t.u.f.. Prima dell'introduzione del divieto, poi rimosso dalla norma del 1998, le banche, all'atto di ricezione in deposito di azioni acquistate per conto dei clienti, presentavano, tra i vari moduli da firmare, anche uno contenente una sorta di delega permanente che autorizzava la banca a votare nelle assemblee in nome dell'azionista. La maggior parte dei piccoli azionisti non aveva in generale difficoltà a sottoscrivere la delega. Il risultato era che le banche controllavano il voto di cospicue frazioni del capitale sociale delle società con azioni diffuse tra il pubblico, senza avervi investito neppure un euro. Attualmente la diversa configurazione dei mercati finanziari rendono tale eventualità meno pericolosa e spiegano l'intervenuta eliminazione del divieto.

I divieti di delegare amministratori, sindaci e dipendenti della società ha una motivazione diversa (la facilità con cui costoro potrebbero procurarsi delega sfruttando la loro personale vantaggio le cariche ricoperte). Nel complesso

la ragione dei divieti è però la stessa. Tutti tendono ad impedire che la lotta per il controllo della società abbandoni gli strumenti che il legislatore considera opportuni corretti per utilizzarne altri considerati non altrettanto opportuni. Tuttavia, è doveroso esprimere seri dubbi in merito ai risultati che divieti provocano. Questi, contribuiscono a rafforzare la posizione di una maggioranza organizzata, accentuando l'assenteismo dei soci piccoli. Appare perciò opportuna la scelta, operata nel tuf, di prevedere che la sollecitazione alla raccolta di deleghe nelle società quotate non soggiacciano ai limiti previsti dal 2372.

## **L'ESTENSIONE DEI DIVIETI**

La disciplina esposta riguarda esclusivamente la rappresentanza volontaria. Non si applica alla rappresentanza necessaria e, quindi, nei rapporti tra figlio minore e genitore rappresentante, né a quelli tra una persona giuridica e la persona fisica la rappresentanza organica di questa. Secondo alcuni non si aprirebbe neppure al rappresentante generale (e infatti difficile che l'amministratore della società, sfruttando la sua posizione, riesca a farsi rilasciare dai piccoli azionisti addirittura bruno generali e consentono di disporre di tutti i loro beni).

## **LE CONVENZIONI DI VOTO**

Che patti relativi all'esercizio del diritto di voto possano essere stipulati. Oggi certo, in forza della previsione delle 2341-bis che menziona i patti che hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società per azioni o nelle società che le controllano. Si tratta però di verificare quali siano i limiti che il rispetto delle norme imperative in materia pone alla possibilità di stipulare patti aventi l'uno o l'altro contenuto. Resta cioè da vedere quali siano i limiti di validità di questi patti. Limiti alla validità delle convenzioni di voto sono stati per molto tempo defunti da due argomenti. Il primo attiene al carattere personalissimo del diritto di voto, che non sarebbe credibile, neppure temporaneamente, senza la partecipazione sociale. Il secondo argomento fa leva sulla concezione dell'assemblea come il luogo dove non solo deve essere espressa, ma anche formata, la volontà sociale. In base a tali considerazioni, l'impegno del socio a votare in un determinato modo viene valutato con sospetto: sia perché ciò varrebbe a svuotare il procedimento assembleare del suo significato, sia perché l'azionista alienerebbe il proprio diritto. Dopo l'entrata in vigore del codice civile gli argomenti enunciati sono apparsi superabili. Non sembra, infatti, possibile sostenere che non sono accordi soci in ordine al diritto di voto, quando la legge riconosce validità e efficacia a simili prassi e nei rapporti tra un'azionista un soggetto estraneo alla società. D'altro canto, la tesi secondo la quale la volontà sociale deve formarsi nel dibattito assembleare non può venire determinata prima dell'assemblea, confligge con la pacifica legittimità del mandato imperativo alla rappresentante del socio nell'assemblea e con la riconosciuta lecità del voto per corrispondenza. Sono la disciplina formale e inderogabile e non può essere sostituita. Nel complesso, l'opinione preferibile a quella che sottolinea l'esigenza di esaminare il contenuto, in concreto, dei singoli tratti, confrontandoli con le regole e principi inderogabili del diritto azionario. Applicando questo criterio, si può negare la liceità di accordi che alterino alla divisione dei poteri agli organi sociali, imponendo, per esempio, all'amministratore di votare in consiglio secondo le istruzioni di un socio. Parimenti è diffusa la condanna della c.d. vendita del voto, ossia di quegli accordi in base ai quali è un'azionista e si impegna a votare dietro un corrispettivo o un vantaggio.

Infine, è opportuno distinguere tra convenzioni di voto e accordi che utilizzano in modo indiretto altri istituti. Gli strumenti maggiormente usati, sono il mandato collettivo irrevocabile (1723); la comunione di azioni compatto di mantenimento (1111); intestazioni dei titoli e delle quote a una fiduciaria e infine la costituzione di una holding, alla quale vengono attribuite le partecipazioni dei soci sindacati.

## **I VIZI DEL PROCEDIMENTO ASSEMBLEARE E LA LORO RILEVANZA**

L'assenza di convocazione. E se si tratta di mancanza totale, la conseguenza è la nullità. Se si tratta di irregolarità, la conseguenza è l'annullabilità. Non si considera mancante, ma solo a regolare la convocazione proveniente da un componente dell'organo amministrativo o di controllo e l'avviso sia idoneo a consentire a coloro che hanno il diritto di intervenire di essere preventivamente avvertiti della convocazione e della data dell'assemblea. L'esclusione dall'assemblea di soggetti che invece sarebbero stati legittimati a parteciparvi non era espressamente contemplata dalla disciplina vigente e neppure loro e dalla riforma. È da ritenere che essa possa determinare l'invalidità della delibera e che in questo caso il vizio sia quello dell'annullabilità. È discusso se l'esclusione di un soggetto legittimato determini l'annullabilità in ogni caso solo quando l'escluso sia titolare di una partecipazione tale da poter incidere sul risultato della votazione. La soluzione dipende dall'importanza che si ritenga di dover attribuire al metodo collegiale. Chi esalta l'importanza della discussione e del confronto tra le diverse opinioni sarà propenso a ritenere che l'esclusione del socio sia sempre rilevante.

Il voto di soggetti non legittimati è contemplato nella categoria dei voti invalidi nel 2377, ai sensi del quale la delibera non può essere annullata a meno che i voti invalidi siano stati determinati ai fini del raggiungimento della maggioranza richiesta. Quanto alla natura del vizio, l'alternativa, prima della riforma, si poneva tra annullabilità e inesistenza. In favore della prima soluzione deponeva la sanzione dell'annullabilità legislativamente prevista per le delibere assunte con il voto determinante di soggetti sospesi nel vuoto e depone ora la previsione nel 2377. Resta però da chiedersi se tutte le ipotesi vadano trattate allo stesso modo e se l'esempio del socio sospeso possa essere considerato identico al caso di un signore che rapisce il socio di maggioranza e si reca a votare al suo posto.