

# **COMPETENZA DELL'ASSEMBLEA E SUOI LIMITI. INVALIDITA' DELLE DELIBERAZIONI ASSEMBLEARI**

## **L'ORGANIZZAZIONE DELLA S.P.A.**

Nel sistema tradizionale gli organi della S.p.A. sono tre: a) l'assemblea; b) gli amministratori; c) il collegio sindacale. Questa tripartizione di organi si fondava su una solida tradizione dei paesi di diritto latino. E se risponda grosso modo al principio della tripartizione dei poteri dello Stato. L'assemblea corrisponde al potere legislativo; e amministratori al potere esecutivo e i sindaci a quello giudiziario. Questo sistema è ancora previsto come possibile dal codice vigente, ma non è più l'unico punto esiste la possibilità di scegliere uno tra altri due sistemi di amministrazione alternativi, il sistema dualistico e quello monistico. Esiste poi un'ulteriore opzione interna al sistema tradizionale. Con apposita clausola statutaria, la competenza relativa al controllo contabile di 2409-bis affida ora ad un revisore esterno, può essere affidata, nelle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio è che non sono tenute a redigere il bilancio consolidato, al collegio sindacale. La ratio di questa politica legislativa è duplice. Da una parte si offre ai soci la possibilità di adattare il sistema di amministrazione al diverso atteggiarsi, in ogni concreta situazione, dei conflitti di interessi fondamentali della S.p.A.. Dall'altra si crea la possibilità di una competizione tra diversi modelli che potrebbe condurre alla prevalenza di un nuovo sistema.

## **L'ASSEMBLEA E IL RUOLO DEI SOCI**

L'assemblea è l'organo cui i soci partecipano in quanto tali. Il giudizio sull'opportunità di attribuire all'assemblea l'uno o l'altro potere o funzione, dipende dal giudizio sul ruolo dei soci all'interno della rete di rapporti che caratterizza l'organizzazione della S.p.A.. Per fare due esempi estremi, se si concepisce la società come il luogo della collaborazione tra alcuni (pochi) soggetti che integrano i loro sforzi in vista di un obiettivo comune, i soci, e l'organo che li riunisce, dovrebbero essere posti al centro dell'organizzazione. Se, all'opposto, si concepiscono i soci come fungibili e dispersi fornitori di capitale di rischio che ogni giorno spostano da una società all'altra e i loro investimenti unitariamente modesti, non c'è nessuna ragione di affidare a costoro un ruolo particolarmente preminente. Alla prima concezione possiamo far corrispondere le tesi un tempo abbastanza diffuse che proclamavano la sovranità dell'assemblea. Alla seconda concezione corrispondono alle tesi secondo cui il socio in quanto tale non ha alcun interesse a partecipare alla vita della società, in quanto il suo investimento è in genere così ridotto da non giustificare la perdita di tempo e di risorse che sarebbe necessaria per realizzare un'attiva partecipazione. Tale discorso si riferisce al socio in quanto tale. È evidente invece che i soci che possiedono la maggioranza, o una consistente minoranza, di azioni hanno un'attitudine ben diversa. Questi divi di soci non hanno però interesse ad un potenziamento del ruolo dell'assemblea. Si preferiscono accordarsi tra loro fuori dall'assemblea, nominare nell'organo amministrativo propri fiduciari ed esercitare il proprio potere al riparo da ogni discussione con le minoranze. E' dunque irrazionale attribuire all'organo dei soci in quanto tali funzioni e poteri e i soci sono razionalmente disinteressati ad esercitare. In tale prospettiva l'assemblea diventa un organo assolutamente secondario. Nelle società costituite da pochi soci perché i soci si accorderanno tra loro direttamente, con patti parasociali. Nelle società che fanno appello al pubblico risparmio, perché i soci troveranno sempre più comodo vendere piuttosto che ingaggiare una battaglia con i soci di comando.

La tesi dell'apatia razionale dei soci è entrata recentemente in crisi di fronte all'apparizione di una nuova figura di investitori, i c.d. investitori istituzionali. Caratteristica comune a tali libri di investitori e quella di essere investitori esperti titolari, sia pure per conto di altri, di percentuali azionarie cospicue. Alcuni di essi (i fondi pensione) hanno altresì in un'ottica di lungo periodo, perché il loro scopo non è quello di fare arricchire velocemente i loro clienti, ma quello di pagare a tutti le pensioni man mano che maturano. Tali soggetti, al contrario del risparmiatore inesperto possono avere la capacità e l'interesse ad impegnarsi in un attivo controllo sulla gestione delle imprese. Il problema è che una serie di ostacoli hanno finora impedito la diffusione di una sistematica attività di controllo delle imprese da parte di tali investitori istituzionali.

Il legislatore del tuf ha in parte tenuto conto della novità rappresentata dalla presenza degli investitori istituzionali. La riforma più recente sembra invece influenzata piuttosto dalle vecchie tesi dell'apatia razionale ed ha proceduto nella direzione di un sostanziale depotenziamento dell'organo assembleare.

## LA COMPETENZA DELL'ASSEMBLEA

Il 2364 dispone: *Nelle società prive di consiglio di sorveglianza, l'assemblea ordinaria:*

- 1) *approva il bilancio;*
- 2) *nomina e revoca gli amministratori; nomina i sindaci e il presidente del collegio sindacale e, quando previsto, il soggetto al quale è demandato il controllo contabile;*
- 3) *determina il compenso degli amministratori e dei sindaci, se non è stabilito dallo statuto;*
- 4) *delibera sulla responsabilità degli amministratori e dei sindaci;*
- 5) *delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea, nonché sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti;*
- 6) *approva l'eventuale regolamento dei lavori assembleari.*

In caso di ricorso al sistema dualistico alle competenze dell'assemblea sono ulteriormente ridotte (2409-terdecies). L'assemblea non possiede quindi una competenza generale, ma una competenza specifica, limitata agli atti indicati dalla legge. Essa è oramai ben lontana dall'essere l'organo sovrano della società.

Relativamente all'amministrazione della società, essa può deliberare solo sugli atti indicati dal 2364 e non può, di sua iniziativa, ingerirsi nella gestione. Se i risultati conseguiti dagli amministratori non appaiano soddisfacenti, l'assemblea può in qualsiasi momento revocarli a sostituirli, ma non può imporre loro una politica gestionale diversa da quella da essi seguita. Esempio: ipotizziamo una società che effettua sistematicamente operazioni, per essa svantaggiose, con un'altra società controllata dallo stesso socio di maggioranza. Supponiamo che nella società esista un socio di minoranza che possiede più di 1/10 del capitale sociale. Se l'assemblea fosse l'organo sovrano, a tale sforzo potrebbe chiedere la convocazione dell'assemblea con all'ordine del giorno la disdetta dei rapporti contrattuali da cui la società subisce danni; si avrebbe così una delibera in argomento, che egli potrebbe impugnare, in caso scontato di soccombenza, invocando il conflitto di interessi in cui versa il socio di maggioranza (2373). In questa impostazione, il socio di minoranza può partecipare. Se invece, come oggi emerge dal testo della legge, l'assemblea può deliberare su atti di gestione solo in forma di autorizzazioni e solo per gli atti espressamente previsti dallo statuto, l'iniziativa del socio di minoranza nel nostro esempio si interrompe già al primo passaggio. La richiesta di porre all'ordine del giorno una decisione in materia di gestione verrebbe immediatamente respinta, invocando l'assenza di competenza dell'assemblea.

## I VINCOLI DELL'AUTONOMIA STATUARIA IN MATERIA DI COMPETENZE DELL'ASSEMBLEA

Questa scelta, che penalizza i soci e che consente al gruppo di controllo di dare istruzioni agli amministratori in separate sedi corrisponde ad una preferenza per una gestione accentrata della società, che è oggi condivisa da tutti principali ordinamenti e che la riforma dell'etere ha reso cogente. Tale orientamento ha motivazioni politiche e motivazioni tecnico giuridiche. Quelle politiche rimandano alla inopportunità di far assumere complesse decisioni gestionali ad un'assemblea dei soci incompetenti e scarsamente interessati. Quelle tecniche e si collegano alla responsabilità verso i creditori sociali, che la legge prevede a carico degli amministratori (2394: risarcimento dei danni causati da atti neglienti degli amministratori), ma non a carico dei soci. Si afferma allora che una deliberazione assembleare vincolante in materia di gestione potrebbe creare (ovest e dall'asta dannosa) una situazione in cui ho agli amministratori sono costretti a rispondere per le conseguenze di un atto che non hanno deciso, oppure nessuno risponde dei danni arrecati al patrimonio sociale, con possibile grave pregiudizio degli interessi dei creditori.

Questa tendenza ad ampliare i poteri degli amministratori a scapito di quelli dell'assemblea non è però fondata su convincenti motivazioni di carattere tecnico, né di carattere politico e può essere discussa sotto diversi profili. Si pensi a certe scelte strategiche discrezionali che potrebbero essere rimesse alla decisione dei soci e persino nelle società quotata in borsa. In particolare, mentre relativamente alla società con azioni diffuse tra il pubblico si può sostenere che l'indipendenza decisionale assicurata agli amministratori dalla legge si avvicini ad un'indipendenza effettiva, il cui cattivo uso resta comunque soggetto alle sanzioni del mercato, nelle società a ristretta base azionaria l'aspetto oppressivo di questa disciplina appare difficilmente contestabile. Anche il ragionamento tecnico che fa riferimento alla responsabilità degli amministratori non è convincente, come spesso accade, il ricorso a rigidi principi conduce a risultati che non possono non suscitare perplessità. Il dilemma tra irresponsabilità di tutti, e uno degli amministratori come capro espiatorio può essere agevolmente sciolto in altri modi. Gli amministratori che si trovino di fronte ad una delibera assembleare che a loro appare foriera di danni alla società potrebbero opporsi,

impugnandola; potrebbero dimettersi e non eseguirla; ecc. Resta, dunque, da vedere se il meccanismo delle autorizzazioni sarà sufficiente a soddisfare le esigenze di ripartizione del potere gestionale che si pongono in certe società a ristretta base azionaria e se in quelle con capitale diffuso il vincolo possa essere, in caso di lotta tra due fazioni, aggirato proponendo la nomina di amministratori che si impegnano a compiere determinati atti.

## **EFFICACIA VINCOLANTE DELLE DELIBERE DELL'ASSEMBLEA E I SUOI LIMITI**

Il 2377, primo comma, prevede che: *Le deliberazioni dell'assemblea, prese in conformità della legge e dell'atto sostitutivo, vincolano tutti i soci, ancorché non intervenuti o dissenzienti.*

I limiti al potere della maggioranza di vincolare la minoranza alle sue decisioni dipendono dal contenuto di tali decisioni (che non deve contrastare con quanto disposto da norme di legge o di statuto) e dalla procedura seguita nella loro assunzione (che deve rispettare tutte le regole relative alla formazione della volontà assembleare). I vizi afferenti al contenuto delle delibere o alla procedura possono determinarne l'annullabilità o la nullità.

## **NULLITÀ E ANNULLABILITÀ NEL SISTEMA DEL CODICE**

Il secondo e il terzo comma del 2377 recitano: *Le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dello statuto possono essere impugnate dai soci assenti, dissenzienti od astenuti, dagli amministratori, dal consiglio di sorveglianza e dal collegio sindacale.*

*L'impugnazione può essere proposta dai soci quando possiedono tante azioni aventi diritto di voto con riferimento alla deliberazione che rappresentino, anche congiuntamente, l'uno per mille del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e il cinque per cento nelle altre; lo statuto può ridurre o escludere questo requisito. Per l'impugnazione delle deliberazioni delle assemblee speciali queste percentuali sono riferite al capitale rappresentato dalle azioni della categoria.*

Il settimo comma del 2377 aggiunge che *L'annullamento della deliberazione non può aver luogo, se la deliberazione impugnata è sostituita con altra presa in conformità della legge e dello statuto.*

I caratteri essenziali sono tre: 1) La legittimazione all'azione di annullamento non è generale ma è limitata ad e i soggetti precisamente indicati. 2) E' fissato un termine di 90 giorni dalla data della deliberazione, o dalla iscrizione o dal deposito, se la delibera deve essere scritta depositata nel registro delle imprese. Si tratta di un termine di decadenza (e non di prescrizione) molto breve. 3) La possibilità di una sanatoria prevista nell'ultimo comma. La disciplina delle delibere nulle è nel 2379 che recita: *la deliberazione può essere impugnata da chiunque vi abbia interesse entro tre anni dalla sua iscrizione o deposito nel registro delle imprese, se la deliberazione vi è soggetta, o dalla trascrizione nel libro delle adunanze dell'assemblea, se la deliberazione non è soggetta né a iscrizione né a deposito. Possono essere impugnate senza limiti di tempo le deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili.*

*Nei casi e nei termini previsti dal precedente comma l'invalidità può essere rilevata d'ufficio dal giudice.*

Quindi, sul primo punto, quello della legittimazione, mentre la delibera annullabile può essere impugnata solo dai soggetti indicati, la delibera nulla può essere impugnata da chiunque vi abbia interesse. Non si ha una limitazione alla legittimazione. Per esempio, i soci che non raggiungono il quorum non possono impugnare le delibere annullabili individualmente, ma possono impugnare le delibere nulle, oppure il socio che ha votato a favore non può impugnarla, se è annullabile, mentre la può impugnare, se è nulla. Una seconda differenza riguarda il termine entro cui l'impugnazione può essere proposta. Da un lato (annullabilità) abbiamo un termine di decadenza di tre mesi, dall'altro (nullità) abbiamo un termine di prescrizione di tre anni. Qui la disciplina della nullità si discosta in maniera molto decisa dalla disciplina di diritto comune dove l'azione di nullità è invece imprescrittibile. Sul terzo aspetto, quello relativo alla possibilità di sanatoria, l'ultimo comma del 2379 prevede addirittura l'applicazione, in quanto compatibile, della stessa disciplina prevista per le delibere annullabili. Al contrario di quanto accade nel diritto comune, dove l'atto nullo non è di norma con valicabile, la delibera assembleare nulla può essere convalidata. Il 2379-bis prevede addirittura che la nullità di certe delibere, quelle in cui sia mancata la convocazione o la redazione del verbale, possa essere sanata rispettivamente dal consenso allo svolgimento dell'assemblea e dalla verbalizzazione intervenuta prima dell'assemblea successiva.

Nel complesso le norme oggi vigenti hanno reso più difficile l'impugnazione delle delibere annullabili e hanno ridotto le differenze tra le discipline. Il senso complessivo di questa operazione è quello di accrescere la stabilità delle delibere assembleari a spese della protezione dei diritti dei soci violati dalle delibere invalide.

## **LA FATTISPECIE**

La fattispecie della annullabilità è descritta in termini estremamente generici: le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge e dello statuto, senza nessuna distinzione. Nel 2379, viceversa, il legislatore si è espresso in termini estremamente specifici. Infatti si parla di deliberazioni nulle per mancata convocazione dell'assemblea,

manca del verbale e per impossibilità o illiceità dell'oggetto. L'intenzione del legislatore è quella di ridurre al minimo le ipotesi di nullità, e di lasciare invece come ipotesi normale di invalidità, quella dell'annullabilità. Abbiamo così un altro esempio di distacco dalla disciplina positiva dalle matrici civilistiche. Infatti nel diritto civile è la sanzione generale e quella della nullità. L'annullabilità è invece comminata solo in relazione ad alcuni vizi.

## **L'INVALIDITÀ DELLE DELIBERAZIONI ASSEMBLEARI NELL'INTERPRETAZIONE DELLA GIURISPRUDENZA PRECEDENTE ALLA RIFORMA**

Per distinguere le delibere nulle da quelle annullabili, la giurisprudenza ha elaborato in passato un diverso criterio, basato sulla non della norma violata. La massima può essere così riassunta: la nullità delle delibere assembleari deriva dal contrasto delle deliberazioni stesse con norme che sono rivolte alla tutela di un interesse generale che trascende quello particolare dei soci oppure sono dirette ad impedire una deviazione da quello che è lo scopo economico e pratico del rapporto sociale. La violazione di norme che non presentano nessuna di queste due caratteristiche (e norme poste quindi a tutela esclusivamente degli interessi dei soci) determina la semplice annullabilità. L'idea che ispira tale distinzione è quella che esistono norme che tutelano esclusivamente interessi dei soci o di gruppi di soci. La violazione di tali norme non interessa la collettività ma esaurisce i suoi effetti all'interno dell'ordinamento della società interessata: è logico, quindi, che la legittimazione sia circoscritta ai membri di questo ordinamento, e quindi limitata ai soci assenti o dissenzienti, agli amministratori, ai sindaci ecc. Altre norme sono dettate invece a tutela di un interesse generale e la loro violazione crea perturbazione sociale di ampia portata: è logico allora che la loro violazione possa essere fatta valere da una vasta cerchia di soggetti (chiunque vi abbia interesse). Questa formulazione introduce una distinzione tra alcune norme imperative e altre norme, pur imperative, ma poste a tutela di interessi meno rilevanti che nel codice non si ritrova. Essa lascia inoltre aperto un problema relativo al trattamento delle delibere affette da vizi procedurali. Nell'ambito delle norme procedurali è infatti difficile distinguere tra norme poste a tutela dei terzi e norme poste a tutela dei soci. Per affrontare problemi di questo tipo, la giurisprudenza utilizzava accanto alle categorie previste dalla legge (l'invalidità, annullabilità, nullità) un'ulteriore categoria: quella dell'inesistenza. Tale categoria generale, originariamente elaborata per porre rimedio a situazioni peculiari. Esempio classico è l'ipotesi del matrimonio tra due persone dello stesso sesso. Nella categoria dell'inesistenza, applicate alla materia in esame, rientrerebbero quegli atti privi dei requisiti indispensabili per poter essere considerati delibere, sia pure viziati, dell'assemblea della società. Ciò si verificherebbe, secondo la giurisprudenza, quando sia impossibile ravvisare un'assemblea nel soggetto o nei soggetti che hanno assunto la delibera oppure quando l'assemblea, abbia deliberato con un numero di voti e sufficiente o, ancora, quando la delibera sia stata assunta da estranei non aventi diritto al voto. La riforma del 2003 ha introdotto come cause di nullità due vizi procedurali considerati particolarmente gravi, e cioè la mancata convocazione e l'assenza del verbale. Questa modifica colma la lacuna che era presente nella legge precedente e vorrebbe risolvere il problema del trattamento dei vizi procedurali, rendendo superfluo il ricorso alla discussa categoria dell'inesistenza.

## **CONCLUSIONI SULLA INVALIDITÀ DELLE DELIBERE. IL RISARCIMENTO DEL DANNO CAGIONATO AI SOCI**

Nel complesso la disciplina dell'invalidità delle delibere assembleari si caratterizza per: l'estensione attribuita al vizio dell'annullabilità rispetto quello della nullità; la restrizione della legittimazione all'impugnazione delle delibere annullabili; la fissazione di un termine brevissimo per l'impugnazione e di uno relativamente breve per le altre delibere nulle; ampie possibilità di convalida e sanatoria sia per le annullabili che per le nulle; possibilità di ottenere una tutela risarcitoria che consente di tener fermo l'attore obbliga al semplice pagamento di una somma di denaro. Molte di queste caratteristiche, e il senso complessivo della disciplina, sembrano conformi al progetto di direttiva CE in materia.

Quando il potere di impugnazione delle delibere assembleari spettava ad ogni singolo socio, la maggioranza che avesse voluto assumere una delibera irregolare doveva comprare (possibilmente in via preventiva) il consenso di ciascuno. Oggi puoi ignorare i soci minoritari dispersi limitandosi a mettere in conto la possibilità che alcuni di loro abbiano a chiedere un risarcimento del danno loro cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge o dallo statuto.

## **IL CONFLITTO DI INTERESSI TRA SOCIO E SOCIETÀ**

Una particolare ipotesi di annullabilità è prevista dal 2373. In base a tale norma *la deliberazione approvata con il voto determinante di soci che abbiano, per conto proprio o di terzi, interessi in conflitto con quello della società è impugnabile a norma del 2377 qualora possa recarle danno*. Perché la delibera si impugni, devono sussistere due condizioni. La prima è

che il voto del socio che avrebbe dovuto astenersi sia determinante. Si fa la prova di resistenza, cioè si toglie il voto del socio e se vi è ancora maggioranza la delibera non è impugnabile. Altra condizione è che la delibera possa recare danno alla società. Il problema principale posto dall'interpretazione del 2373 riguarda l'identificazione delle ipotesi in cui esiste un conflitto di interessi tra socio e società. Due esempi estremi. Se la società acquista il bene di un socio oppure se il socio e la società concorrono per l'aggiudicazione dello stesso appalto, l'esistenza del conflitto è indiscutibile. Supponiamo invece che la società abbia conseguito utili e che sorga un dissenso in ordine all'opportunità di distribuirli o accantonarli. È possibile che questo dissenso rifletta un conflitto di interessi; ma non si tratta di conflitto tra interesse della società e interesse di alcuno dei soci. Si tratta di un conflitto tra soci in ordine alla scelta tra due alternative entrambi conformi all'interesse sociale.