

Massima n. 161 – 11 aprile 2017
Competenze, disciplina e verbalizzazione
delle assemblee speciali ai sensi dell'art. 2376 c.c.
 (art. 2376, commi 1 e 2, c.c.)

MASSIMA

In presenza di più categorie di azioni, lo statuto può espressamente prevedere i casi in cui è necessaria l'approvazione dell'assemblea speciale ai sensi dell'art. 2376 c.c., sia specificando le ipotesi in cui si realizza un pregiudizio dei diritti di una o più categorie, sia estendendo l'ambito di applicazione dell'art. 2376, comma 1, c.c. ad ulteriori ipotesi di modificazione statutaria a prescindere dalla sussistenza di un pregiudizio.

Lo statuto può altresì prevedere ulteriori competenze dell'assemblea speciale dei titolari di azioni di una o più categorie, diverse dall'approvazione di modificazioni statutarie o di altre deliberazioni dell'assemblea straordinaria. In questi casi, l'autonomia statutaria può disciplinare liberamente sia i quorum costitutivi e deliberativi dell'assemblea speciale, sia la forma del verbale delle riunioni dell'assemblea speciale, fermo restando che in mancanza di espressa disposizione statutaria trovano applicazione "le disposizioni relative alle assemblee straordinarie", in forza del rinvio contenuto nell'art. 2376, comma 2, c.c.

MOTIVAZIONE

L'art. 2376 c.c. prevede che le deliberazioni dell'assemblea generale che pregiudicano i diritti di una categoria di azioni devono essere approvate anche dall'assemblea speciale dei portatori delle azioni della categoria interessata. La medesima norma prevede altresì che alle assemblee speciali si applicano le disposizioni relative alle assemblee straordinarie. La norma, sostanzialmente invariata dopo la riforma del 2003, non definisce espressamente la nozione di "pregiudizio" rilevante ai fini della sua applicazione, né tanto meno esemplifica o menziona i casi in cui si possono ritenere pregiudicati i diritti di una categoria. A fronte di ciò, si deve ritenere possibile inserire nello statuto una clausola per così dire "interpretativa" mediante la quale siano espressamente previste alcune delle deliberazioni dell'assemblea generale che devono considerarsi *a priori* pregiudizievoli dei diritti delle azioni di categoria, eventualmente estendendo la nozione di pregiudizio che deriverebbe dalla mera interpretazione della norma. Più nello specifico, lo statuto può definire come lesive dei diritti delle azioni di categoria sia deliberazioni di modifica dello statuto che riguardano in modo diretto le caratteristiche delle azioni di categoria, sia deliberazioni di modifica di altri elementi dello statuto, sia deliberazioni che non riguardino modifiche dello statuto ma altre vicende societarie che possano incidere su tali diritti.

Una simile previsione vale a individuare con maggior certezza i casi di pregiudizio, e quindi la conseguente necessità dell'approvazione dell'assemblea speciale. Resta ovviamente fermo il problema dell'eshaustività dei casi di pregiudizio indicati in statuto, e quindi della possibilità che vi siano ulteriori ipotesi di deliberazioni dell'assemblea generale pregiudizievoli che richiedano l'autorizzazione dell'assemblea speciale, tenuto conto dell'inderogabilità dell'art. 2376 c.c. sulla necessità di tale approvazione. E' d'altro

canto possibile che lo statuto indichi espressamente quali delibere siano ritenute non pregiudizievoli dei diritti di categoria, in tal modo semplificando l'interpretazione dei casi in cui il pregiudizio, non essendo diretto ed immediato, potrebbe in astratto ipotizzarsi.

D'altro canto sembra possibile che lo statuto preveda la necessità dell'autorizzazione dei portatori di azioni di categoria speciale, riuniti in assemblea, anche su materie che di per sé non siano lesive dei relativi diritti. Una simile clausola, che prevede casi di necessaria *approvazione di deliberazioni non pregiudizievoli*, determina in ultima analisi un ulteriore e autonomo diritto "diverso" che caratterizza le azioni della relativa categoria, il cui esercizio deve seguire le regole previste dall'art. 2376, comma 2, c.c., che consiste proprio nel diritto di disporre (a maggioranza e in via collegiale) di un *potere di veto* con riferimento ad alcune decisioni assembleari che altrimenti sarebbero soggette alle normali maggioranze dell'assemblea generale degli azionisti. Per inciso, tale ultima constatazione rende inammissibile siffatte clausole con riferimento alle deliberazioni dell'assemblea ordinaria che in seconda convocazione non sono suscettibili di un innalzamento dei *quorum* di legge (art. 2369, comma 4, c.c.).

Sembra anche possibile inserire in statuto *competenze ulteriori* dell'assemblea dei portatori delle azioni di categoria speciale, diverse dalle "approvazioni" delle delibere dell'assemblea generale. E' quanto avviene *mutatis mutandis* per l'assemblea degli obbligazionisti, che è competente a deliberare, ai sensi dell'art. 2415 c.c., su vari argomenti, anche non strettamente attinenti alla modifica delle condizioni del prestito obbligazionario, ed in particolare "sugli altri oggetti di interesse comune degli obbligazionisti", nonché per l'assemblea speciale dei possessori di azioni di risparmio, a sua volta competente a deliberare, ai sensi dell'art. 146 del D. Lgs. 58/1998, su argomenti ulteriori rispetto all'approvazione delle deliberazioni dell'assemblea della società che pregiudicano i diritti di categoria, fra cui gli "altri oggetti di interesse comune".

E' così possibile attribuire all'assemblea speciale – e non ai singoli titolari delle azioni di categoria o ad un determinato numero di essi – la competenza all'esercizio di diritti "di categoria", quali il diritto di designare o di nominare alcuni componenti degli organi sociali (vedi massima n. 142), di presentare di liste di candidati alla nomina, nonché di esprimere un voto "determinante" ai fini dell'efficacia di alcune deliberazioni dell'assemblea generale (vedi massima n. 73). Con tale previsione in statuto si chiarisce che il diritto attribuito alla categoria di azioni è esercitabile, anziché dai singoli azionisti o attraverso il consenso unanime di essi, attraverso le modalità tipiche della formazione della volontà sociale, e quindi a maggioranza, eventualmente con i *quorum* previsti per lo specifico caso.

Si precisa infine che, in assenza di diverse previsioni statutarie, si applica l'unica disciplina contenuta nel codice civile per l'assemblea speciale dei portatori delle azioni di categoria, cioè la disciplina dell'assemblea straordinaria, sia per quanto concerne le maggioranze che per quanto concerne le modalità di verbalizzazione. Lo statuto può però prevedere diverse modalità di convocazione, diversi *quorum* costitutivi e deliberativi e una diversa forma di verbalizzazione, trattandosi di materie assimilabili a quelle di competenza dell'assemblea ordinaria.

NOTA BIBLIOGRAFICA

1. – Parte della dottrina ritiene che lo statuto possa prevedere ulteriori competenze dell'assemblea speciale, anche al di fuori dei casi di cui all'art. 2376 c.c. In tal senso v. A. MIGNOLI, *Le assemblee speciali*, Milano, 1960, p. 346 e s., secondo il quale "gli statuti potranno

rendere più difficile l'esigenza di una "Sonderbeschluss", ma non potranno scartarla o attenuarla". Nel medesimo senso cfr. anche P. GROSSO, *Categorie di azioni ed assemblee speciali*, Milano, 1999, p. 269 ove si legge che: "si giustificano quelle opinioni che ritengono che le assemblee dei possessori di una categoria di azioni, in quanto associazioni di azionisti, possano deliberare anche su altri oggetti, al di là della approvazione delle delibere pregiudizievoli; ciò vale in particolare per la nomina di un mandatario comune, per la costituzione, variazione o estinzione del fondo, per il compenso al mandatario comune, per l'approvazione di un regolamento interno e per gli altri oggetti di interesse comune. Tutte queste materie (ed altre ancora ipotizzabili) possono fare oggetto di una delibera del gruppo che, in quanto associazione, raduna gli azionisti di una categoria, ma sono al di fuori dell'art. 2376. Pertanto le loro delibere non solo non ne hanno l'efficacia legale, ma possono essere prese senza il rispetto delle regole delle assemblee straordinarie". Si veda anche A. STAGNO D'ALCONTRES, *Commento all'art. 2376*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 541, secondo il quale: "l'art. 2376, che prevede, infatti, la costituzione di un organo eventuale ed individua le competenze di questo, introduce regole che sono funzionali alle esigenze di elasticità dell'organizzazione sociale e che, conseguentemente, possono formare oggetto di modifica su base contrattuale [...]. Ciò nel senso che lo statuto può prevedere che, ad una o più assemblee speciali, siano attribuite competenze deliberative concorrenti più ampie ovvero può modificarne le regole di funzionamento o, anche, limitarne l'ambito di intervento rispetto a pregiudizi "predeterminati", così come escluderne del tutto l'operatività". Si vedano anche M. LIBERTINI, A. MIRONE, P.M. SANFILIPPO, *Commento all'art. 2376*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. D'Alessandro, Padova, 2010, p. 833 secondo i quali "oltre alla competenza principale, relativa all'approvazione delle delibere modificative della posizione giuridica degli azionisti di categoria, l'assemblea speciale può essere chiamata a deliberare anche su altri oggetti, di carattere prettamente organizzativo, se previsti dallo statuto: per esempio, la nomina di un rappresentante comune, la costituzione di una segreteria, di un fondo comune, ecc.". Ritiene ammissibile l'attribuzione all'assemblea speciale di ulteriori competenze con effetti organizzativi (solo) interni A. ABU AWWAD, *Commento all'art. 2376*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Milano, 2016, p. 1042.

Tuttavia si segnalano, in termini contrari o dubitativi: C. COSTA, *Le assemblee speciali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 1993, p. 558 ove si legge che "è possibile, inoltre, che lo statuto sociale attribuisca ulteriori competenze all'assemblea speciale"; tuttavia "l'autonomia privata può, però, in questa materia esplicarsi solo entro limiti ristretti: non può comprimere le competenze dell'assemblea speciale, ed in particolare quella dell'approvazione delle delibere pregiudizievoli, perché, come si è visto, trattasi di normativa inderogabile; non sembra neppure che possa, viceversa, ampliarle a scapito delle regole fissate inderogabilmente dal legislatore in ordine alla struttura organizzativa della società ed all'efficiente svolgimento dei procedimenti deliberativi, in quanto l'art. 2376 c.c. è norma eccezionale, strettamente connessa al concetto di "pregiudizio della categoria". Sembra, pertanto, da escludere che lo statuto sociale possa subordinare all'approvazione dell'assemblea di categoria delibere che non rivestano il carattere di "pregiudizio", in quanto ciò sarebbe in contrasto con il principio del corretto ed efficiente svolgimento dei processi deliberativi della società"; M. LIBERTINI – A. MIRONE – P.M. SANFILIPPO, *Commento all'art. 2376*, in *L'assemblea di società per azioni. Artt. 2363-2379-ter*, a cura di M. Libertini – A. Mirone – P.M. Sanfilippo, Milano, 2016, p. 313 e ss. ed ivi p. 324, secondo i quali "non appare ben fondato il riconoscimento di ampi spazi di manovra agli statuti, pure per tutte quelle deroghe verso l'alto che finirebbero per irrigidire i rapporti tra categorie, e con ciò ponendo fuori sistema l'istituto: così, per il caso [...]; ovvero là dove vengano oltremodo ampliate le competenze deliberative dell'assemblea speciale, subordinando alla sua approvazione delibere dell'assemblea generale che non abbiano carattere "pregiudizievole"; P. FERRO-LUZZI, *Sui quorum delle assemblee degli azionisti di risparmio (parere pro-veritate)*, in dircomm.it, 2005, p. 3, il quale manifesta la sua "perplexità sulla possibilità di assemblee speciali su altri argomenti"; A.M. LEOZAPPA, *Diritti di categoria e assemblee speciali*, Milano, 2008, p.

165, secondo il quale: “la rilevanza endosocietaria del potere deliberativo dell’assemblea speciale continua ad essere rigidamente circoscritto all’ipotesi di pregiudizio del diritto speciale”.

2. – Questione differente è quella relativa all’individuazione della disciplina applicabile nel caso in cui siano riconosciute ulteriori competenze deliberative in capo all’assemblea speciale rispetto a quelle di cui all’art. 2376 c.c.

Al di fuori dei casi di cui all’art. 2376 c.c. ritiene applicabile la disciplina dell’assemblea straordinaria, in assenza di diversa regolamentazione statutaria, C. COSTA, *op. ult. cit.*, p. 565, il quale ritiene che “la disciplina dell’assemblea straordinaria, ed in particolare i *quorum* per essa previsti, devono, quindi, ritenersi applicabili a tutte le delibere dell’assemblea speciale, indipendentemente dall’oggetto della delibera”, fermo restando in tale secondo caso la possibilità di prevedere una specifica e diversa disciplina statutaria (ID., *op. ult. cit.*, p. 560); nonché A. MIGNOLI, *op. ult. cit.*, p. 164, il quale ritiene che siano applicabili le disposizioni in materia di assemblea straordinaria non solo in forza del rinvio di cui all’art. 2376 c.c., bensì anche per analogia alla norma dell’art. 2415, comma 2, c.c. In senso contrario v. P. GROSSO, *op. ult. cit.*, p. 269. Ritiene poi derogabile il rinvio alla disciplina della assemblea straordinaria ove l’assemblea speciale sia chiamata a deliberare su argomenti diversi da quelli di cui all’art. 2376, comma primo, c.c., seppur in tema di assemblee degli azionisti di risparmio, P. FERRO-LUZZI, *Sui quorum delle assemblee degli azionisti di risparmio (parere pro-veritate)*, in dircomm.it, 2005, p. 3, il quale afferma: “ b) che per le assemblee straordinarie [...] si stabilisca una disciplina che fa perno su una certa partecipazione all’assemblea e comunque su una certa quantità di voti, atteso il loro oggetto, è ancora perfettamente concepibile; [...] d) che le assemblee dei portatori di azioni di risparmio debbano occuparsi anche di argomenti che di per sé sarebbero di competenza dell’assemblea ordinaria, è sicuro; e) che allora si detti per queste assemblee una disciplina autonoma da quella delle assemblee straordinarie, disciplina che al limite prevede una possibilità di deliberazione analoga a quelle delle assemblee ordinarie in seconda convocazione, è perfettamente comprensibile e logico”. [Nota bibliografica a cura di MARTA PIN]