

Società - Società per azioni - Adeguamento statuto - Clausola compromissoria statuto - Recesso - Ammissibilità - Limiti
(Codice civile, artt. 2308, 2369, 2437; d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 3, artt. 34 e 41)

(1) In base all'art. 34, 6° comma, del d. lgs. n. 3 del 2003 la violazione congiuntamente all'art. 41, 2° comma, del medesimo decreto, la previsione della maggioranza qualificata e del diritto di recesso solo nel caso disciplinato dalla prima disposizione si giustifica con la notevole rilevanza che assume per i soci la ritenuta alla livello giurisdizionale ordinaria (2).

All'introduzione di una clausola compromissoria può essere equiparato il negozio contro ampliamento dell'oggetto di una clausola compromissoria già esistente (che equivale ad una introduzione di chiusura per lo meno rinno) con la conseguenza che il socio assente o dissenziente può esercitare il diritto di recesso contemplato dall'art. 34, 6° comma, del d. lgs. n. 3 del 2003 (3).

(Omissis). — Con ricorso depositato il 27 gennaio 2005 X, in qualità di socio della Y con una partecipazione pari al 18,71 %, ha chiesto, « ai sensi dell'art. 2378, 3° comma, c.c., ed ai sensi dell'art. 34 d. lgs. n. 3 del 2003 », la sospensione della delibera assembleare del 22 dicembre 2004 della Y, con cui è stato deliberato l'acquisto di azioni proprie pari all'intera partecipazione derivata dal socio X, e ciò in funzione strumentale del giudizio di impugnazione della medesima delibera, già promosso con domanda di arbitro notificata il 12 gennaio 2005 ed in attesa della nomina del collegio arbitrale (in forza di una clausola compromissoria contenuta nella statuta della Y ed adeguata alla disciplina contenuta negli artt. 34 e del d. lgs. n. 3 del 2003).

In via pregiudiziale occorre esaminare la questione dell'ammissibilità dell'intervento cautelare del giudice ordinario nelle controversie aventi ad oggetto l'impugnazione di delibere assembleari devolute in arbitrato.

A tal riguardo va evidenziato che il 3° comma dell'art. 33 del d. lgs. n. 3 del 2003, da una parte, ha previsto l'ammissibilità in via generale di un intervento cautelare del giudice ordinario a norma dell'art. 669-quinties c.p.c., nelle cause devolute in arbitrato e, dall'altra, ha attribuito agli arbitri, nelle cause aventi ad oggetto l'impugnazione di delibere, il potere cautelare tipico di sospensione dell'efficacia della delibera, in base regia al tradizionale diverso risultante dall'art. 818 c.p.c.

Occorre quindi stabilire se questa seconda previsione abbia escluso, nella causa avente ad oggetto l'impugnazione di delibere devolute in arbitrato, l'ammissibilità di un intervento cautelare del giudice ordinario, pur riconosciuto in via generale dalla prima previsione.

In questa prospettiva è opportuno richiamare le modalità di instaurazione del procedimento cautelare di sospensione delle delibere e le modalità di instaurazione del procedimento arbitrale nella nuova disciplina dettata dalla riforma del diritto societario.

Sotto il primo profilo va evidenziato che l'art. 2378 c.c., riformato dal d. lgs. n. 3 del 2003, ha previsto la possibilità di chiedere la sospensione della delibera solo nell'ambito della causa di merito avente ad oggetto l'impugnazione della medesima delibera, escludendo implicitamente l'ammissibilità di una tutela cautelare ante causam.

Questa conclusione si desume dal tenore del 3° comma dell'art. 2378 c.c. (riforma-
(ivo della previsione già contenuta nel 4° comma della precedente formulazione del

l'art. 2378 c.c. e dalla scelta legislativa di adottare tale testo senza alcun riferimento alla possibilità di affermazione della tutela prima dell'instaurazione del giudizio di merito, nonostante l'anticipazione, nel vigore della precedente disciplina, di un orientamento giurisprudenziale di merito volto a riconoscere l'immutabilità della tutela cautelare, quanto meno attiva, prima dell'instaurazione del giudizio di impugnazione della delibera.

La ratio della scelta legislativa va indicata e rinviabile nella volontà di collegare in modo più diretto l'intervento cautelare alla controversia di merito e di strumentalizzare in modo tale che il primo interveniva solo dopo che l'oggetto della seconda (e quindi i motivi di impugnazione) sia cristallizzato dall'assunzione del giudice.

Questa ratio non subisce deroghe nel caso in cui la controversia di impugnazione sia devoluta in arbitrio.

Anche in tal caso, infatti, il procedimento di sospensione deve ritenersi disciplinato con le necessarie variazioni per ciò che concerne l'organo giurisdizionale, del 3° e 4° comma dell'art. 2378 c.c.

Riguardo, poi, alle modalità di instaurazione del procedimento arbitrale, va confermata la carattere della scelta del ricorrente di nominare innanzi tutti la domanda di arbitrio, riservando all'atto della dedizione dell'oggetto del procedimento arbitrale la proposizione dell'istanza di nomina degli arbitri, posto che: 1) la disciplina del nuovo articolo (costante dettata dagli artt. 34 bis del d. lgs. n. 5 del 2003 ha sconsigliato la nomina degli arbitri affidata interamente ad un soggetto estraneo alla società) della domanda di arbitrio (per la quale ha previsto il deposito presso il registro delle imprese) senza però regolare specificamente le modalità di instaurazione del procedimento arbitrale; 2) in difetto di tale regolamentazione e in difetto di regolamentazione da parte della clausola compromissoria, va affermata la necessità di un'autonoma notificazione della domanda di arbitrio, con la possibilità della notificazione di una replica da parte del destinatario nel 20 giorni successivi, secondo lo schema previsto dall'art. 810 c.p.c. (applicabile nella fattispecie in esame nei limiti di compatibilità); 3) la nomina dell'arbitro da parte del terzo, pur essendo apparentemente sganciata dall'instaurazione del procedimento nei termini su indicati, ne costituisce una conseguenza sotto il profilo logico, in quanto presuppone l'individuazione dell'oggetto dell'arbitrio, che è condizionata proprio dalla domanda e dalla formale replica; 4) d'altra parte, la decorrenza dei termini per il deposito del verbale (che consegue proprio alla nomina dell'arbitro) ha senso solo se il procedimento arbitrale ha stato instaurato e ne ha subito individuato l'oggetto.

Ottima, l'affermazione della natura necessariamente inderogabile del rinvio della sospensiva comporta che l'istanza di sospensiva può essere proposta solo dopo che il collegio arbitrale si sia formato, ma la ricostruzione nei termini su indicati della modalità di instaurazione del procedimento arbitrale rende evidente che tra la proposizione della domanda e la formazione del collegio arbitrale può trascorrere un discreto lasso di tempo.

Al fine di evitare il vuoto di tutela che si avrebbe in questo lasso di tempo, tanto più grave, ove si consideri l'orientamento giurisprudenziale che nega l'immutabilità della sospensione in caso di avvenuta esecuzione della delibera impugnata, deve riconoscersi la competenza del giudice ordinario in relazione all'istanza di sospensione della delibera, almeno fino a che il collegio arbitrale non si sia formato e sia in grado di provvedere.

Questa soluzione risponde all'esigenza di garantire il diritto alla difesa in tutte le fasi del procedimento arbitrale, di qualunque natura esso sia, in conformità al principio generale sancito dalla prima parte del 5° comma dell'art. 35 del d. lgs. n. 5 del 2003.

In altri termini, l'attribuzione agli arbitri del potere di sospendere la delibera, secondo, la disciplina dettata dall'ultima parte del 5° comma dell'art. 35) concorre alla competenza dell'istanza cautelare in capo ad essi solo a partire dal momento in cui hanno ormai ad esistenza. Prima di tale momento, invece, è ammissibile l'intervento cautelare del giudice ordinario. In quanto « non escluso » dalla disciplina contenuta nella prima parte del 5° comma dell'art. 35.

Nella fattispecie in esame la domanda di sospensiva è stata proposta dopo la notificazione della delibera di arbitrio e prima della formazione del collegio arbitrale prevista dalla prima della V.

Nel conseguire, tale domanda cautelare è ammissibile.

Cio posto, può procedersi all'esame del merito della domanda.

La ricorrente formula sostanzialmente due censure avverso la delibera impugnata: la prima si basa sulla contestazione della legittimità dell'operazione contabile dal cui lato esaltante le riserve disponibili che hanno consentito l'acquisto di azioni proprie (operazione, consistente nel conferimento di immobili in società controllate create ad hoc al fine di ottenere una rivalutazione di quei beni rispetto al valore iscritto in bilancio e quindi una plusvalenza, tale da creare riserve disponibili, altrimenti non esistenti); la seconda si basa sulla deduzione della finalità illecita perseguita con l'operazione di acquisto di azioni proprie (cavitazione nella liquidazione del socio Z, con la conseguente ineluttabilità del suo conferimento, in forza di un patto parasociale con i soci di maggioranza della Y).

Trascurando in questa sede la prima censura, pur meritevole di approfondimento nel giudizio arbitrale non tanto sotto il profilo della correttezza dei criteri di redazione del bilancio quanto piuttosto sotto il profilo del fine concreto perseguito dalla maggioranza attraverso di essa, si può concentrare il giudizio sulla seconda censura.

A tal riguardo va evidenziato che l'operazione di acquisto di azioni proprie non solo deve rispondere alle condizioni previste dall'art. 2357 c.c., ma deve anche rispettare un duplice limite di carattere ierarchico.

Il primo, di contenuto più specifico, consiste nella necessità di assicurare la parità di trattamento tra i soci ed è previsto dall'art. 152 del d. lgs. n. 58 del 1996, disposizione relativa alle società quotate, ma espressiva di un principio generale valso per tutte le operazioni di acquisto di azioni proprie da parte di società (v. in questi termini, Trib. Milano, 18 gennaio 1999).

Il secondo, di contenuto più generale, consiste nel divieto di perseguire, quale scopo ultimo dell'operazione negoziata, un risultato viciuato dalle disposizioni imperative decise in materia societaria (limite vessatorio alla previsione generale contenuta nell'art. 1344 c.c.).

Nella fattispecie in esame la delibera impugnata ha approvato l'acquisto di tutte le azioni decimate dal socio Z (circonstanza questa, dedotta dalla ricorrente e non contestata dalla resistente).

Ottimo, l'operazione negoziata approvata viola entrambi i limiti su indicati, in quanto esprime, in modo indiscriminato la possibilità di vendita delle azioni, per tutti i soci ed eccezione di uno, ma soprattutto provoca sostanzialmente la fuorviante di un socio della società.

In particolare, questo evento assume rilievo non tanto (o non solo) nella prospettiva dell'eliminazione del divieto di restituzione dei conferimenti, quanto piuttosto nella prospettiva dell'eliminazione del divieto di conferire il capitale del socio al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 2357 c.c.

Ed infatti, l'acquisto da parte della società di tutte le azioni di un socio al fine di avere attuale (come quello deliberato dalla Basi S.p.A.) e realizzare un risultato sostanzialmente corrispondente a quello previsto dall'art. 2357,ter c.c.

berario prevede sempre su quella determinata dall'ultimo comma dell'art. 24, significabilemente porre nel nulla la nuova regola processuale, salvo non volerla interpretare come limite minimo di consenso richiesta. Ne conseguirebbe che, ove nella società di persone fosse seguita la regola codicistica, sarebbe sempre necessario l'unanimità dei consensi; mentre, al contrario, se, a titolo esemplificativo, fosse parzialmente prevista la maggioranza semplice, per la modifica della clausola compromissoria sarebbe sempre necessaria la volontà di tanti soci che rappresentino almeno il due terzi del capitale sociale⁽¹⁷⁾. Tuttavia, questa interpretazione si troverebbe in contrasto, e, al contrario, verrebbe a spogliare di significato l'ultima parte del 6° comma dell'art. 24 dove si legge che il socio assente o discrezionale ha il diritto di recedere dalla società.

Altrettanto, dopo la riforma del diritto societario, la previsione dell'art. 2252 c.c. dovrebbe essere letta nel senso che anche la legge può prevedere quorum diversi dall'unanimità dei consensi⁽¹⁸⁾, ciò accade, in particolare, all'art. 2500-ter c.c., relativamente alla trasformazione di una società di persone in società di capitali⁽¹⁹⁾, nonché all'art. 2502 c.c., in materia di decisione in ordine alla fusione⁽²⁰⁾, dove si prevede che la decisione possa essere assunta con il voto favorevole della maggioranza dei soci, secondo la parte attribuita a ciascuno degli enti.

In entrambi le fattispecie, la deroga al regime dell'art. 2252 c.c. proviene da norma di rango costituzionale, in quanto contenuta sempre all'interno del codice civile. Alla luce di questa tesi, non pare possano esservi ostacoli nell'affermare che anche una legge di natura processuale, quale il d. lgs. n. 5 del 2003, sia in grado di derogare la disciplina legale dell'art. 2252 c.c.⁽²¹⁾, una volta che il dogma dell'unanimità dei consensi per la modifica dell'atto costitutivo, derogabile unicamente per volontà patrizia di tutti i soci che preveda un diverso quorum, risulti oggi essere stato superato anche dalla esplicita volontà dello stesso legislatore proprio all'interno del codice civile⁽²²⁾.

Ad ulteriore conferma di questo orientamento appare anche la ratio della disposizione in parola che è chiaramente quella di tutelare la minoranza nei confronti della

(17) Nelle società di capitali, che dopo la riforma si trovano ad avere quorum deliberativi inferiori rispetto a quelli previsti, la norma processuale avrebbe, sempre in previsione di quella dei parti sociali esistenti di gran lunga superiore, fatto salvo l'ipotesi in cui lo statuto ai sensi degli artt. 2369, 4° comma, e 2475-bis, 3° comma, c.c. non prevedesse maggioranze più elevate per le modifiche dei patti sociali.

(18) Afferma Salvatore, *Elementi del diritto societario*, Milano, Giuffrè, 2003, 75, dove si afferma che « il contratto sociale può essere modificato soltanto con il consenso di tutti i soci, a meno che nella legge o nello statuto contenga non solo il dubbio diversamente interpretabile, ma anche la previsione di un quorum inferiore all'unanimità dei soci ». Spunti da notare da questo orientamento sono anche quelli contenuti nella Circolare n. 7845 del 2003, Osservazioni del Dipartimento di Giustizia Civile, in *Il nuovo diritto societario. Commento al d. lgs. 17 gennaio 2003*, diretto da Colloredo, Bordinato, Caramanna, Monallesi, Bologna, Zanichelli, 2004, III, 3238. Spero, *Commento sub art. 2500-ter in La riforma delle società*, a cura di Santalucia-Santoro, Torino, Giappichelli, 2003, 570; Giacomini, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto societario e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, Cedrus, 2003, 518.

(19) Cossentino, *loc. cit.*, 181, 2238.

(20) Associazione Perini, *Il diritto delle società*, a cura di Olivero, Prete, Vella, Bologna, Il Mulino, 2004, 366.

(21) Interessante è anche il dibattito decennale con riferimento al principio di unanimità e prevalenza di maggioranza nella deliberazione dei soci nelle società di persone, in particolare, in riferimento alla modifica dell'atto costitutivo, che ha visto, tra gli altri, Turi, 2252 c.c. regola solamente le modifiche dell'atto costitutivo, ma non quelle in ordine alla trasformazione dell'atto costitutivo. Per tutti v. Giacomini, voce « Società semplice », in *Digesto*, *dir. priv.*, sez. comm., Torino, Utet, 1997, XIV, 438.

maggioranza, affinché la prima non sia costretta a subire una, più o meno, indolce modificazione del regime necessario da e nei confronti della società e degli altri soci⁽²³⁾. Ad ogni buon conto, il sacrificio del principio dell'unanimità dei consensi è stato previsto il motivo per il socio assente o discrezionale di recedere dalla società. In virtù della eccezionalità del norme ed in conformità di ogni altra disposizione introdotta da un ipotetico del nuovo diritto societario, pare degno essere negato tale diritto al socio assente presente all'assemblea o al suo attorney⁽²⁴⁾.

Alla luce di quanto sopra, ne consegue che, nelle società di persone, le modifiche dell'atto costitutivo introduttive o suppressive di clausole compromissorie dovranno essere adottate sempre da almeno i due terzi dei soci, vale a dire, con un quorum anche inferiore rispetto a quello ordinariamente previsto dal codice civile, ovvero superiore rispetto a quello politicamente convenuto all'interno dell'atto costitutivo per la modifica dei patti sociali⁽²⁵⁾.

Lo stesso ragionamento vale nelle società di capitali, dove il quorum necessario potrà risultare pure superiore a quello ordinariamente richiesto per le modificazioni dell'atto costitutivo. In particolare, con riferimento alle società a responsabilità limitata, salvo diversa disposizione dei patti sociali, l'assemblea, sulla base del combinato disposto degli artt. 2479-bis, 3° comma, e 2479, 2° comma, n. 4, c.c., delibera con il voto favorevole dei soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale. Invece, nelle società per azioni, in base all'art. 2368 c.c., le modifiche dei patti sociali vengono deliberate, dall'assemblea straordinaria in prima convocazione, con il voto favorevole di tanti soci che rappresentano più della metà del capitale sociale, salvo che il statuto non richieda una maggioranza più elevata. In seconda convocazione, l'assemblea straordinaria, che è regolarmente costituita con la partecipazione di oltre un terzo del capitale sociale, delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale sociale rappresentato in assemblea. In tal caso può richiedere, comunque, maggioranze più elevate.

Nelle società di capitali, alla luce delle disposizioni introdotte dalla riforma, potrebbe essere, quindi, ipotizzabile una apposita previsione patrizia in base alla quale i soci determinano il necessario quorum deliberativo per le modifiche all'atto costitutivo che riguardano la clausola compromissoria, *quorum* che, nelle sole società a responsabilità limitata, potrebbe essere determinato da un minimo di almeno i due terzi ad un massimo dell'unanimità dei consensi⁽²⁶⁾.

La norma contemplata dall'art. 41, 2° comma, del decreto ha trovato applicazione nella fase di adeguamento degli statuti delle società di capitali e delle cooperative, in base a quelle le maggioranze sono state inferiori a quelle ordinariamente previste, e, più in particolare, poi alla « maggioranza semplice, qualunque sia la parte di capitale rappresentata dai soci partecipanti » per le società di capitali (art. 223-bis disp. att. c.c.)

(23) Tassano, *Appunti sull'azienda societaria*, *loc. cit.*, 1, 707.

(24) Tassano, *loc. cit.*, 63, 526.

(25) Savonitto, *op. cit.*, 11, 27; Carone, *loc. cit.*, 1, 1291-1292, il quale ritiene non applicabile alle società di persone tale previsione.

(26) Nelle v.r.t. alla luce della previsione dell'ultimo comma dell'art. 2479 c.c. si ritiene ammissibile anche la previsione dell'unanimità dei consensi, tale orientamento non è però, per ora, frutto della riforma. Al riguardo v. Nicotri, *S.r.l. e dopo il processo Agnelli*, nota a *Trite Riforma*, 28 settembre 1995, in *Notariato*, 1996, 359, a cui si può aggiungere che la legge del 17 gennaio 2003, n. 5, per statuto, che ha uniformato tutti i requisiti alla luce del principio di parità di trattamento, ha stabilito che « lo statuto può richiedere maggioranze più elevate, innanzi per l'art. 2368 c.c. che « la maggioranza e la revoca delle cariche sociali » e da cui si deduce, quindi, che una maggioranza più elevata, essendo maggioranza, non potrà mai coincidere con l'unanimità.

specie, di una delibera assunta prima dello iperare del termine transitorio previsto dall'art. 223-bis disp. att. c.c., in base alla previsione di cui all'art. 41, 2° comma, del decreto, in ogni caso, sarebbe stato previsto al ruolo di recedere dalla società.

Tuttavia, è opportuno sottolineare che tale previsione transitoria ha trovato applicazione per le delibere delle società di capitali assunte fino al 30 settembre 2004 e per le società cooperative per quelle assunte fino al 31 marzo 2005; ciò sta a significare che, ove la delibera di adeguamento dello statuto sia stata assunta in una data successiva a quelle sopra indicate, troverà piena applicazione il disposto dell'ultimo comma dell'art. 34 che consente al socio assente o dissenziente di recedere dalla società entro novanta giorni.

Ad ogni buon conto, la società che avesse adeguato il proprio statuto in data successiva a quella dello iperare del termine transitorio ultimo indicato dalla norma, e che, quindi, avesse concesso al socio dissenziente di esercitare il diritto di recesso, al fine di penalizzare tale recesso, avrebbe potuto legittimamente revocare la delibera assunta con tutte le conseguenze del caso (7), senza che ciò potesse comportare in capo al socio medesimo il configurarsi di un ulteriore ipotesi di recesso, poiché, mediante la revoca della delibera, lo statuto della società sarebbe stato riportato allo stato quo ante, con la conseguenza che avrebbe reso inefficace, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2473 c.c., il recesso esercitato dal socio. Del pari, il recesso del socio avrebbe potuto essere altrettanto privo di efficacia laddove fosse stato deliberato lo scioglimento della società.

NICOLA ZOLLETTI

(7) Qualche esempio, la nullità della clausola arbitrale ex art. 34, 2° comma, del decreto, ragione principale per la quale era stata chiesta la modifica allo statuto medesimo.