

I.N.9 - (LIMITI ALL'AMMISSIBILITA' DEL VOTO DIVERGENTE NEL CASO DI SOCIO TITOLARE DI QUOTE DI DIVERSE CATEGORIE – 1° pubbl. 9/18)

Qualora ricorra un interesse meritevole di tutela e non si contravvenga ai principi di buona fede e correttezza, si ritiene possibile che un socio titolare di quote di partecipazione di più categorie:

- a) possa esercitare il diritto di voto attribuito da una categoria in maniera diversa rispetto a quello attribuito da un'altra categoria;**
- b) partecipi alle decisioni dei soci solo con determinate quote di categoria e non con altre.**

Appare meritevole di tutela l'esercizio del voto divergente ove sia finalizzato a riservarsi il diritto di recesso in relazione alle sole categorie di quote che si reputano penalizzate da una determinata decisione (vedi orientamento I.N.12).

Tesi tradizionale -> inammissibilità del voto divergente nelle S.p.a.

Per s.r.l. prima del D.L. 50/2017 -> principio di unitarietà della quota impedisce voto divergente

Parte Prima -> superamento del divieto di voto non unitario del socio di S.p.a.

Parte Seconda -> effetti del D.L.

Parte Prima

Dottrina tradizionale -> illegittimità dell'espressione non unitaria del voto nelle S.p.a. -> argomenti:

A) «principio di non contraddittorietà della manifestazione di volontà» -> "il voto è la dichiarazione unilaterale di volontà espressa dal socio in assemblea e come tale non può essere contraddittoria" (Appello Bologna 10 luglio 1995).

Critica

Affermazione preconcetta

contraddetta dal fatto che il
voto **divergente** è
espressamente **ammesso** sia
dalla **normativa comunitaria**
che da **vari ordinamenti** (tra
cui anche il nostro)

Direttiva 2007/36/CE dell'11 luglio 2007 (in tema di diritti degli azionisti di società quotate) all'art. 10, paragrafo 2:

* prevede che gli Stati membri possano *"limitare il numero di persone che l'azionista può designare come rappresentanti per una determinata assemblea"*, indirettamente legittimando, quale regola residuale, la possibilità di nomina di più rappresentanti da parte di un unico azionista;

* prevede che il titolare di più azioni depositate in più *"conti titoli"* può nominare più rappresentanti distinti (uno per ogni *"conto titoli"*) stabilendo che *"ciò non pregiudica le regole previste dalla legge applicabile (nei singoli Stati membri - n.d.r.) che vietano di votare in modo differenziato per azioni detenute dallo stesso azionista"*, indirettamente ammettendo che gli ordinamenti degli Stati membri di regola non vietano il voto divergente.

Nel nostro ordinamento, a partire dall'entrata in vigore del T.U.F. (D.Lgs. 58/1998), è stata espressamente prevista ipotesi di voto divergente,

Art. 141, 4° comma -> le "associazioni tra azionisti" votano "anche in modo divergente, in conformità delle indicazioni espresse da ciascun associato".

Al riguardo si osserva che il D. Lgs. 27/1/2010, n. 27 (attuativo della citata Direttiva 2007/36/CE) ha soppresso il 4° comma dell'art. 141 T.U.F., ma tale abrogazione è dovuta alla riconducibilità della disciplina delle "associazioni di azionisti" al regime generale della rappresentanza. Conseguentemente l'inutilità della specifica previsione del citato 4° comma dell'art. 141 T.U.F., che pertanto è stato abrogato.

B) «principio di unitarietà della partecipazione» (Cottino) in base al quale:

- *"la partecipazione sociale è una sola, qualunque sia il numero delle azioni possedute"* (Appello Bologna 10 luglio 1995 -> ripete parole di G.C.M. Rivolta)
- e quindi *"il titolare di più azioni è socio una volta sola, non tante volte quante sono le azioni che gli appartengono"* (Mengoni).

Da tale principio l'opinione tradizionale ha dedotto i seguenti corollari:

- "alla titolarità di una pluralità di azioni corrisponde un complessivo rapporto unitario di partecipazione sociale" (Mengoni);

- "il voto come dichiarazione di volontà è uno solo" (Sena);

- *"vota il socio e non l'azione"* (Appello Bologna 10 luglio 1995 -> riproduce parole di Pietro Trimarchi).

Critica

Si inizia dalle osservazioni di Floriano D'Alessandro che, già alla fine degli anni '60, introduce una tripartizione fra le "posizioni soggettive dell'azionista" ed in particolare distingue tra:

1)posizioni che ineriscono al socio in quanto tale, indipendentemente dall'entità della partecipazione a lui spettante;

2)posizioni che si ricollegano solo al/ai socio/soci la cui partecipazione non è inferiore ad una certa entità;

3)posizioni su cui incide in maniera diretta l'entità della partecipazione.

1)posizioni che ineriscono al socio in quanto tale, indipendentemente dall'entità della partecipazione a lui spettante sono:

-diritto di far inserire per sunto le proprie dichiarazioni nel verbale dell'assemblea (art. 2375, 1° comma, ultimo inciso c.c.);

-nelle assemblee totalitarie il diritto di opporsi alla discussione degli argomenti sui quali non ci si ritenga sufficientemente informati (art. 2366, 4° comma c.c.);

-diritto di denunciare al collegio sindacale i fatti ritenuti censurabili (art. 2408, 1° comma c.c.);

-diritto di prendere visione del libro dei soci e di quello delle adunanze delle deliberazioni delle assemblee (art. 2422 c.c.);

-diritto di prendere visione del bilancio con allegati nei quindici giorni che precedono l'assemblea (art. 2429, 3° comma c.c.);

-diritto di prendere visione e ottenere copia dei documenti e degli atti della fusione (art. 2501-septies, 2° comma c.c.) e della scissione (art. 2506-ter, 5° comma c.c. che richiama il 2501-septies c.c.);

-diritto di intervento in assemblea (art. 2370 c.c.), da non confondere con il numero di azioni che si rappresentano in assemblea;

2) posizioni che si ricollegano solo al/ai socio/soci la cui partecipazione non è inferiore ad una certa entità sono:

-**diritto** di chi detiene almeno 1/20 (un ventesimo) del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e 1/10 (un decimo) del capitale sociale nelle altre **di ottenere la convocazione dell'assemblea** (art. 2367, 1° comma c.c.);

-**diritto** di chi detenga almeno 1/1000 (un millesimo) del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e il 5% (cinque per cento) del capitale sociale nelle altre **di impugnare le delibere assembleari** (art. 2377, 3° comma c.c.);

-**diritto** dei soci che rappresentino almeno 1/20 (un ventesimo) del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e 1/10 (un decimo) del capitale sociale nelle altre **di denunciare al Tribunale gravi irregolarità nella gestione** (art. 2409, 1° comma c.c.);

-**diritto** dei soci che rappresentino almeno 1/3 (un terzo) del capitale riunito **in assemblea di chiedere il rinvio** della stessa (art. 2374 c.c.);

-**posizioni collegate al possesso di un ammontare di azioni che permettano la direzione ed il coordinamento di altre società** (art. 2497 e segg. c.c.);

-**posizioni legate al possesso della totalità del capitale della società** (art. 2362 c.c. sull'unico azionista).

3) posizioni si cui incide in maniera diretta l'entità della partecipazione sono:

a) entità dell'obbligo di conferimento (art. 2346, 4° comma c.c.);

b) diritti agli utili e alla quota di liquidazione (art. 2350, 1° comma c.c.);

c) diritto di voto (art. 2351, 1° comma c.c. -> "*ogni azione attribuisce il diritto di voto*").

Posizioni soggettive 1) e 2) -> inconcepibile comportamento non unitario dell'azionista

Posizioni soggettive 3) -> è teoricamente concepibile che il socio si comporti in maniera diversa in relazione alle singole azioni da lui possedute.

La liceità dell'eventuale divergenza nel comportamento dell'azionista si valuta caso per caso avendo riguardo all'esistenza o meno di norme o principi che vi si oppongano.

Analisi delle singole posizioni 3) su cui incide in maniera diretta l'entità della partecipazione.

a) entità dell'obbligo di conferimento (art. 2346, 4° comma c.c.):

indivisibilità

Il divieto di suddividere l'obbligo di conferimento nelle singole azioni si ricava dall'interesse all'adempimento completo del creditore (cioè della società emittente), che viene tutelato dall'art. 1181 c.c., che stabilisce: "*Il creditore può rifiutare un adempimento parziale anche se la prestazione è divisibile, salvo che la legge o gli usi dispongano diversamente*".

Quando l'azionista ha sottoscritto una quota del capitale sociale rappresentata da più azioni senza liberarle integralmente è tenuto al versamento di quanto ancora dovuto per l'intera sottoscrizione senza poter suddividere il proprio debito azione per azione.

b) diritti agli utili e alla quota di liquidazione (art. 2350, 1° comma c.c.):

divisibilità

Per il **diritto agli utili** sembra corretto sostenere che il **dividendo** è **diritto incorporato in ciascun titolo azionario e pertanto può essere riscosso dal titolare azione per azione.**

c) diritto di voto (art. 2351, 1° comma c.c. ->

"ogni azione attribuisce il diritto di voto"):

divisibilità

Per il diritto di voto, quale diretta conseguenza del **principio di cartolarità proprio della circolazione delle azioni**, si osserva che **nessuna norma impone al socio di partecipare all'assemblea con tutte le azioni di cui è titolare** (depositandole od esibendole prima dell'adunanza). Anche chi ha sostenuto l'illegittimità dell'espressione non unitaria del voto ha dovuto ammettere la possibilità dell'esercizio parziale del diritto di voto da parte del socio titolare di più titoli azionari, consentendo all'azionista di votare *"soltanto con una parte delle azioni in suo possesso"* (Appello Bologna 10 luglio 1995).

Di conseguenza è l'azione il termine di riferimento per l'esercizio del diritto di voto e ***l'espressione "vota il socio, non l'azione"*** (Pietro Trimarchi) dev'essere corretta in ***"il socio vota con le azioni con le quali sceglie di votare"*** (Pier Giusto Jaeger)

Pertanto

l'ammissibilità del voto divergente nelle s.p.a. deve "essere considerata una delle utilizzazioni pratiche dell'incorporazione delle partecipazioni sociali in azioni" (Pier Giusto Jaeger)

Ma la facoltà dell'azionista di votare in maniera non unitaria deve essere retta da un interesse meritevole di tutela e non violare i principi di correttezza e di buona fede.

Il voto divergente non è retto da un interesse legittimo quando l'azionista (che con una parte delle proprie azioni abbia votato a favore e con altra parte risulti assente, dissenziente, o astenuto ai sensi dell'art. 2377, 2° comma c.c.) **abbia come unico scopo quello di preconstituirsì le condizioni per un'impugnativa.**

Tuttavia l'illegittimità del voto non unitario in questo caso riguarda:

- . non tanto l'esercizio del diritto di voto,
- . quanto l'esercizio del diritto all'impugnazione.

«è privo di un valido interesse ai sensi dell'art. 100 c.p.c. il socio che abbia votato in maniera contrastante al solo scopo di preconstituirsì la legittimazione ad impugnare» (Pier Giusto Jaeger).

Sussiste interesse meritevole di tutela:

a) nel **sindacato di voto con vincolo parziale delle azioni**, come avviene quando il patto di sindacato riguarda le azioni di una sola categoria;

b) nella **società fiduciaria intestataria di partecipazioni di più fiducianti che impartiscono istruzioni difformi**.

Nel caso b) si è estesa la possibilità di voto divergente anche alle s.r.l., nelle quali il principio di unitarietà della quota di partecipazione dovrebbe impedire l'esercizio del voto divergente.

"Risposta al quesito 91-2012 dell'Ufficio Studi del C.N.N."

S.r.l. fiduciaria intestataria di partecipazioni di più fiducianti:

. ammissibilità del voto non unitario *"risponde alla finalità di tutelare gli interessi di soggetti diversi, per conto dei quali, effettivi titolari della partecipazione, il votante agisce in assemblea"*,

. la previsione del voto divergente per le associazioni tra azionisti di cui al 4° comma dell'art. 141 T.U.F. (purtroppo già abrogato al momento della pubblicazione del lavoro) sarebbe espressione *"di un principio valevole anche nel caso di intestazione ad un'unica fiduciaria di partecipazioni societarie di soggetti diversi i cui interessi possono essere divergenti"* (Boggiali e Ruotolo)

C.A. Busi (nel 2008 in vigore del 4° co. del 141 T.U.F.)

Il voto non unitario della società fiduciaria intestataria per più fiducianti con istruzioni difformi è **voto divergente *"sotto il profilo esclusivamente formale"***

Argomento -> il 4° comma dell'art. 141 T.U.F. esprime principio generale di tutela delle esigenze di *"legittimità sostanziale"* che inducono a tralasciare il dato formale e a ritenere che *"nell'ipotesi in cui i fiducianti diano alla società fiduciaria istruzioni contrastanti, è conforme alla sostanza del rapporto e all'interesse di tutte le parti che le segua, esercitando, quindi, un voto divergente"*.

Tribunale Milano 19 novembre 2001

Dopo aver ricondotto la **fattispecie** sottoposta al suo esame nell'ambito della c.d. "**fiducia germanistica**" (in cui **il fiduciario non è il proprietario delle quote ma mero intestatario fornito della legittimazione ad esercitare i diritti sociali**, a cui i fiducianti, rimasti i proprietari effettivi di ciascuna quota, conferiscono mandato senza rappresentanza) conclude che **la s.r.l. fiduciaria** non solo può, ma **deve esprimere il voto per ciascuna quota fiduciarmente intestata in conformità alle istruzioni ricevute da ciascun fiduciante e quindi anche in maniera divergente.**

Nelle diverse ipotesi di effettiva appartenenza della quota ad un unico soggetto, invece, il principio di unitarietà della quota di partecipazione di S.r.l. impedisce di ritenere legittimo l'esercizio del voto divergente in ogni quota di s.r.l.

Parte Seconda

Il D.L. 50/2017:

. introduce per le S.r.l. - PMI la possibilità di creare diverse categorie di quote;

. mantiene il divieto di suddividere le quote di s.r.l. in azioni.

Orientamento I.N.6:

- "le singole categorie di quote non sono capaci di confondersi tra loro in un'unica posizione partecipativa, in quanto ciascuna di esse attribuisce diritti ed obblighi propri che nel loro complesso non possono essere uguali a quelli di nessuna altra categoria di quote, pena l'inesistenza della categoria stessa",*
- "qualora un socio sia titolare di quote di diverse categorie, le stesse non costituiranno un'unica partecipazione, ma tante partecipazioni unitarie quante sono le diverse categorie possedute"*
- all'interno delle categorie non appare possibile suddividere le quote in unità predeterminate e vincolanti.*

Il principio di unitarietà della quota:

. si applica all'interno delle singole categorie di quote di s.r.l.,

. non si applica tra le diverse categorie di quote.

Pertanto è legittimo l'esercizio del voto divergente tra quote di diverse categorie possedute dallo stesso socio.

Limite:

meritevolezza degli interessi e principio di correttezza e buona fede già richiamati per il voto divergente nelle S.p.a.

Meritevole di tutela è il voto divergente tra diverse categorie di quote di s.r.l. nelle medesime ipotesi ammesse in S.p.a.:

a) sindacato di voto riguardante le quote di una sola categoria;

b) società fiduciaria intestataria di partecipazioni di più fiducianti di diverse categorie, che impartiscono istruzioni difformi.

In ipotesi b) **legittimità del voto non unitario:**

. sia nei casi di c.d. "fiducia germanistica" -> in cui il fiduciario è solo il soggetto intestatario fornito della legittimazione ad esercitare i diritti inerenti alle partecipazioni sociali, mentre il fiduciante rimane il proprietario effettivo della quota,

. sia in ipotesi di c.d. "fiducia romanistica" -> in cui al fiduciario si trasferisce la proprietà della quota con l'incarico di gestirla nell'interesse del fiduciante e di ritrasferirgliela a sua richiesta),

. sia nella c.d. "fiducia statica" -> in cui il fiduciario non può gestire né compiere atti sulla partecipazione sociale in assenza di esplicite indicazioni fornite dal fiduciante (per Cass. 14 ottobre 1997, n. 10031 *"stante il carattere trasparente di questo tipo di fiducia, i beni intestati alla fiduciaria non entrano a far parte del suo patrimonio ma rimangono in proprietà dei fiducianti"*),

. sia nella c.d. "fiducia dinamica" -> in cui al fiduciario è conferito l'incarico di gestire e compiere atti sulla partecipazione sociale al fine di trarne maggior rendimento.

Se le partecipazioni (quote di s.r.l. o anche azioni) sono di diverse categorie **alcune decisioni possono essere vantaggiose per alcune categorie** (quote di s.r.l. o anche azioni) **e penalizzanti per altre.**

Sembra meritevole di tutela l'interesse del socio a votare in maniera divergente tra diverse categorie al fine di riservarsi il diritto di recesso in relazione alla categoria che reputa penalizzata dalla decisione.

I.N.12 – (LEGITTIMITA' DEL RECESSO RIFERITO AD UNA SOLA DELLE QUOTE DI CATEGORIA

DETENUTE DA UN MEDESIMO SOCIO – 1° pubbl. 9/18)

Poiché l'interesse al disinvestimento tutelato dalle norme che consentono il recesso può ricorrere in maniera diversificata per ciascuna categoria di quote create dalla società, in quanto legato ai profili di rischio e di redditività propri di ciascuna di esse, si deve ritenere che al verificarsi di una causa che legittimi il recesso lo stesso possa essere esercitato anche con riferimento ad una sola delle quote di categoria possedute dal medesimo socio, prescindendo dalla circostanza che l'atto costitutivo consenta o meno il recesso parziale.

Problema dell'ammissibilità del recesso parziale nelle s.r.l. prima dell'entrata in vigore del D.L. 50/2017:

1) Opinione maggioritaria -> in assenza di norma analoga al 2437, 1° co., che ammette il recesso parziale nelle s.p.a. (*"Hanno diritto di recedere, per tutto o parte delle loro azioni"*), nel silenzio dell'atto costitutivo non è concesso al socio di s.r.l. di recedere solo per una parte della propria quota.

2) Orientamento I.H.11 -> è legittima anche nelle s.r.l. "la clausola statutaria che ammette il recesso parziale perché migliorativa dei diritti del recedente".

1) Argomento a favore dell'opinione 1) -> non è ammessa l'applicazione analogica alle s.r.l. della norma sul recesso parziale del socio di S.p.a. in considerazione del diverso assetto della partecipazione sociale nei due casi:

. mentre **nella S.p.a. il principio di suddivisione del capitale in azioni** giustifica la possibilità per il socio di recedere solo per parte delle azioni possedute,

. **nelle s.r.l. il principio di unitarietà della quota impedisce di attribuire al socio recedente, nel silenzio dell'atto costitutivo, la facoltà di uscire dalla società solo con parte della propria quota.**

2) Argomenti a sostegno dell' Orientamento I.H.11:

- . il 2473, 1° co. c.c. rimette all'atto costitutivo la determinazione delle modalità del recesso e la facoltà di recesso parziale è ampliamento delle modalità di esercizio del recesso;
- . in ipotesi legali di recesso sono illegittime le clausole che ne rendono più gravoso l'esercizio (il principio si ricava dall'incipit "*In ogni caso il diritto di recesso compete ai soci*" contenuto nel 2° periodo del 1° comma del 2473 c.c.) la possibilità di un disinvestimento anche solo parziale dalla società è migliorativa dei diritti del recedente e non introduce alcuna restrizione agli stessi.

Il D.L. 50/2017 ha introdotto per le S.r.l. - PMI la possibilità di creare categorie di quote.

Orientamento I.N.6:

. "le singole categorie di quote non sono capaci di confondersi tra loro in un'unica posizione partecipativa, in quanto ciascuna di esse attribuisce diritti ed obblighi propri che nel loro complesso non possono essere uguali a quelli di nessuna altra categoria di quote, pena l'inesistenza della categoria stessa",

. "qualora un socio sia titolare di quote di diverse categorie, le stesse non costituiranno un'unica partecipazione, ma tante partecipazioni unitarie quante sono le diverse categorie possedute"

. all'interno delle categorie non appare possibile suddividere le quote in unità predeterminate e vincolanti.

Titolari di quote di varie categorie -> non vi è unitarietà della partecipazione, che era fondamento della tesi che, nel silenzio dell'atto costitutivo, negava la possibilità per il socio di s.r.l. di recedere parzialmente.

Meritevolezza dell'interesse -> il recesso da ciascuna categoria di quote è legato ai profili di rischio e di redditività propri di ciascuna di esse.

Se il principio di unitarietà della quota vale all'interno delle singole categorie ma non si applica tra le diverse categorie di quote possedute da uno stesso socio e appare meritevole di tutela l'interesse al disinvestimento diversificato per ciascuna categoria di quote, è legittimo, anche in assenza di espressa previsione statutaria, l'esercizio del diritto di recesso limitatamente ad una sola delle quote di categoria possedute dal medesimo soggetto.