IANUS
Diritto e Finanza

UNIVERSITÀ DI SIENA 1240

Quaderni

https://www.rivistaianus.it

ISSN: 1974-9805

Quaderni - 2020

LE ASSEMBLEE DELLE SOCIETÀ DI DIRITTO COMUNE E DI DIRITTO SPECIALE ALLA PROVA DEL COVID-19

Ciro G. Corvese

LE ASSEMBLEE DELLE SOCIETÀ DI DIRITTO COMUNE E DI DIRITTO SPECIALE ALLA PROVA DEL COVID-19

Ciro G. Corvese

Professore Associato di Diritto commerciale,
Università degli Studi di Siena

1.

L'emergenza sorta a causa del Covid-19 ha indotto il legislatore italiano ad introdurre misure straordinarie anche nel diritto societario e, in particolare, fra le tante, misure atte a facilitare lo svolgimento delle assemblee delle società sia di diritto comune che di diritto speciale.

Le citate misure sono state introdotte dall'art. 106 del d.l. n. 17 marzo 2020 (noto come decreto "Cura Italia") convertito, con modifiche, nella l. 24 aprile 2020, n. 27 e si applicano:

a) sia alle società di diritto comune: società per azioni, società in accomandita per azioni, società a responsabilità limitata, società cooperative e le mutue assicuratrici;

b) sia alle società di diritto speciale: le società con azioni quotate e quelle ammesse alla negoziazione su un sistema multilaterale di negoziazione e quelle con azioni diffuse fra il pubblico in misura rilevante, le banche popolari, le banche di credito cooperative ed anche le mutue assicuratici per gli aspetti relativi alla disciplina speciale assicurativa, le società a controllo pubblico.

Innanzitutto, con riferimento all'arco temporale di applicazione, le disposizioni di cui all'art. 106 si applicano alle assemblee convocate entro il 31 luglio 2020 ovvero entro la data, se successiva, fino alla quale è in vigore lo stato di emergenza sul territorio nazionale relativo al rischio sanitario connesso all'insorgenza della epidemia da Covid-19 (co. 7).

Fatta eccezione per le regola posta al co. 1 dell'art. 106 che deroga alla disposizione prevista per l'approvazione del bilancio di cui agli artt. 2364, co. 2 e 2478-bis, co. 2, c.c., prevedendo che l'assemblea ordinaria avente ad oggetto l'approvazione del bilancio è convocata entro 180 giorni dalla chiusura dell'esercizio, tutte le altre disposizioni hanno ad oggetto il diritto di voto e, in particolare, la possibilità di usare opzioni normative introdotte soprattutto nella legislazione speciale delle società quotate per facilitare l'esercizio del citato diritto.

In prima battuta, si può notare che: 1) alcune disposizioni mirano al generale uso dei mezzi di comunicazione a distanza o il ricorso a modalità che agevolino

l'esercizio del diritto di voto, come il voto espresso in via elettronica o per corrispondenza (v. art. 106, co. 2 e 3); 2) altre disposizioni, dettate in particolare per le società di diritto speciale, prevedono talune facilitazioni per il ricorso alla rappresentanza in assemblea (v. art. 106, co. 4, 5, 6 e 7).

2.

Nell'ambito del primo gruppo di disposizioni rientrano il secondo ed il terzo comma dell'art. 106.

La disposizione contenuta nell'art. 106, co. 2 si indirizza alle società per azioni, alle società in accomandita per azioni, alle società a responsabilità limitata, alle società cooperative e alle mutue assicuratrici e dispone che con l'avviso di convocazione delle assemblee ordinarie o straordinarie, dette società possono prevedere, anche in deroga alle diverse disposizioni statutarie, l'espressione del voto in via elettronica o per corrispondenza e l'intervento all'assemblea mediante mezzi di telecomunicazione.

Si aggiunge, inoltre che, le citate società possono altresì prevedere che l'assemblea si svolga, anche *esclusivamente*, mediante mezzi di telecomunicazione che comunque devono garantire l'identificazione dei partecipanti, la loro partecipazione e l'esercizio del diritto di voto, ai sensi e per gli effetti di quanto previsto agli artt. 2370, co. 4, 2479-bis, co. 4, e 2538, co. 6, c.c., codice civile senza in ogni caso la necessità che si trovino nel medesimo luogo, ove previsti, il presidente, il segretario o il notaio.

Il co. 2 consente un più ampio ricorso ai mezzi di telecomunicazione per lo svolgimento delle assemblee, anche in deroga alle disposizioni statutarie.

In particolare, viene stabilito che le società per azioni, le società in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative e le mutue assicuratrici, anche in deroga alle diverse disposizioni statutarie, con l'avviso di convocazione delle assemblee ordinarie o straordinarie possono prevedere che:

a) il voto venga espresso in via elettronica o per corrispondenza;

b) l'intervento all'assemblea avvenga mediante mezzi di telecomunicazione e

c) l'assemblea si svolga, anche *esclusivamente*, mediante mezzi di telecomunicazione che garantiscano l'identificazione dei partecipanti, la loro partecipazione e l'esercizio del diritto di voto, ai sensi e per gli effetti di cui agli articoli 2370, co. 4, 2479-bis, co. 4, e 2538, co. 6, c.c. e senza in ogni caso la necessità che si trovino nel medesimo luogo, ove previsti, il presidente, il segretario o il notaio.

Da tale previsione derivano non poche perplessità soprattutto se l'ipotesi sub c) riguardi le società quotate perché per quest'ultime l'uso di strumenti di partecipazione e voto a distanza comporta il rispetto di specifiche prescrizioni normative dettate, in particolare, dall'art. 127 del TUF e dal regolamento emittenti della Consob per:

a) l'espressione del voto per corrispondenza (artt. 140 ss. regolamento emittenti);

b) il ricorso a una o più forme di partecipazione in assemblea con mezzi elettronici (art. 143-*bis* del regolamento emittenti) e

c) l'espressione del voto prima dell'assemblea mediante mezzi elettronici (art. 143-*ter* del regolamento emittenti).

In particolare, nella comunicazione n. 3 del 10 aprile 2020, n. 20, la Consob chiede di porre attenzione "*sulle disposizioni che richiedono la riservatezza del voto fino all'inizio dello scrutinio in assemblea sia con riferimento al voto esercitato per corrispondenza e al voto espresso prima dell'assemblea ai sensi dell'art. 143-ter del Regolamento Emittenti, sia con riguardo alle deleghe con istruzioni di voto conferite dagli azionisti al rappresentante designato dalla società (mettere norme che si riferiscono all'organo di controllo o al rappresentante designato*".

Altro profilo da tenere in considerazione è l'obbligo di identificazione dei soggetti legittimati alla partecipazione e al voto in assemblea nell'ipotesi in cui il voto sia esercitato per corrispondenza o in via elettronica. In particolare occorre por mente al rispetto delle disposizioni contenute n*ell'art. 140, co. 1, e nell'art. 143-bis, co. 2, del regolamento emittenti* in base alle quali le società possono condizionare l'esercizio del diritto di voto nelle modalità citate alla sussistenza dei *requisiti previsti dalle società per l'identificazione dei soggetti a cui spetta il diritto di voto*.

Con specifico riferimento alle società a responsabilità limitata, il co. 3 dell'art. 106 introduce una deroga all'art. 2479, co. 4, c.c.

L'art. 2479 c.c. che reca nella rubrica "decisione dei soci" attribuisce all'autonomia contrattuale delle parti di prevedere che le decisioni dei soci possono essere adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto. Ciò posto il quarto comma dell'art. 2479 c.c. dispone che in mancanza della suddetta previsione statutaria e comunque con riferimento a particolari materie (modifiche statutarie e operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale) ovvero quando lo richiedono gli amministratori o tanti soci che rappresentano un terzo del capitale sociale, le decisioni devono essere adottate con il metodo collegiale.

Il terzo comma dell'art. 106, proprio al fine di semplificare il procedimento decisionale, prevede che, anche contrariamente a quanto previsto al quarto comma dell'art. 2479 c.c. e alle eventuali disposizioni statutarie, l'espressione del diritto di voto possa sempre avvenire con le modalità semplificate, ossia mediante consultazione fatta per iscritto o consenso dato per iscritto.

3.

I co. 4, 5 e 6 dettano norme per le assemblee di società sottoposte a discipline speciali ossia a:

1) società quotate nei mercati regolamentati (co. 4);

2) società ammesse a negoziazione su un sistema multilaterale di negoziazione e società le cui azioni sono diffuse fra il pubblico in misura rilevante (co. 5) e

3) banche popolari, banche di credito cooperativo, società cooperative e mutue assicuratrici (co. 6).

Le disposizioni contenute nei commi citati hanno un obiettivo comune, quello di rendere più agevole la partecipazione ai lavori dell'assemblea attraverso il rappresentante designato dalla società come previsto all'art. 135-*undecies* del TUF.

A) Per le società sub 1) e 2), i co. 4 e 5 dell'art. 106 prevedono che esse possano:

a) designare per le assemblee ordinarie o straordinarie il rappresentante previsto dall'art. 135-*undecies* del TUF, anche ove lo statuto disponga diversamente;

b) prevedere altresì nell'avviso di convocazione che l'intervento in assemblea si svolga *esclusivamente* tramite il rappresentante designato ai sensi dell'art. 135-*undecies* cit.;

c) inoltre, al predetto rappresentante possono essere conferite anche deleghe o subdeleghe ai sensi dell'art.135-*novies* del TUF, in deroga al co. 4 dell'art. 135-*undecies*, cit.; l'art. 135-*novies* del TUF detta le regole generali applicabili alla rappresentanza in assemblea, in deroga all'art. 135-*undecies*, co. 4, cit., che, invece, in ragione della specifica condizione del rappresentante designato dalla società, esclude la possibilità di potergli conferire deleghe se non nel rispetto della più rigorosa disciplina prevista dall'art. 135-*undecies* stesso.

I commi 4 e 5 dell'art. 106 mirano a incentivare un più ampio ricorso alle deleghe di voto per l'esercizio dei relativi diritti nell'assemblea delle società citate; delle norme "emergenziali" devono essere indagati principalmente gli effetti che esse potranno produrre soprattutto sulla tutela dei diritti dei soci come predisposta dalle norme del TUF e dalla disciplina secondaria emanata dalla Consob; e ciò con particolare riferimento a due profili:

1) primo, se le società prevedano *esclusivamente* la presenza del rappresentato dalle società e

2) secondo, se al citato rappresentante possano essere conferite deleghe e subdeleghe ai sensi dell'art. 135-*novies* del TUF.

1) Con riferimento al profilo, sussiste la necessità di rispettare le regole di pubblicità poste dalla legislazione speciale, ossia che tutte le proposte di deliberazione su ciascun punto all'ordine del giorno siano pubblicate prima della stessa assemblea, in tempo utile non solo per permettere agli azionisti di esercitare il diritto di voto attraverso la delega al rappresentante designato ma anche per eventuali adeguamenti al relativo modulo di delega. Pertanto, è necessario, come suggerito dalla Consob, che "*l'ordine del giorno sia formulato in modo analitico per consentire agli azionisti di votare attraverso il conferimento di deleghe al rappresentante designato su ciascuna delle materie su cui è richiesta una decisione assembleare*".

A ciò si deve aggiungere l'importanza dell'art. 125-*ter* del TUF, in base al quale, ove non sia già previsto da altre norme di legge, gli amministratori devono mettere a disposizione del pubblico una relazione illustrativa su ciascuna materia all'ordine del giorno. Si deve però considerare che non sempre le relazioni di cui all'art. 125-*ter* del TUF contengano proposte su ciascuna materia all'ordine del

giorno con riguardo ad alcune scelte che la legge o lo statuto rimette all'assemblea.

Orbene, nelle situazioni in cui sia esclusa la partecipazione diretta dei soci in assemblea, al fine di consentire la raccolta delle deleghe di voto su ciascuna materia all'ordine del giorno, è necessario che le proposte di delibera siano trasmesse alla società con un congruo anticipo rispetto alla data fissata dell'assemblea; idonea pubblicità deve essere rispettata anche se si vuole dare attuazione alle norme indicate all'art. 126-*bis* del TUF relativamente ad eventuali integrazioni all'ordine del giorno o alla presentazione di nuove proposte di delibera.

Inoltre, nella ipotesi specifica di assemblee aventi ad oggetto il rinnovo degli organi sociali, coloro che presentano liste di candidati alla nomina di amministratori e/o sindaci devono indicare il candidato che intendano proporre all'assemblea come presidente dell'organo amministrativo, nell'ipotesi in cui lo statuto rimetta tale scelta all'assemblea, e/o il candidato che si intendono proporre come presidente dell'organo di controllo qualora la lista dovesse risultare come "lista di minoranza", a meno che lo statuto non contenga clausole per l'individuazione automatica del presidente dell'organo di controllo.

Qualora la società dovesse optare per l'esercizio del voto *esclusivamente* tramite il rappresentante designato o il voto per corrispondenza ossia senza la partecipazione fisica dei soci in assemblea, occorre tenere altresì in giusto conto uno degli importanti diritti posti a tutela della minoranza dei soci: il diritto di porre domande prima dell'assemblea come disciplinato dall'art. 127-*ter* del TUF. Tale norma, che è stata modificata recentemente dal d.lgs. n. 49/2019, prevede al co. 1-*bis* due diversi e alternativi termini per la presentazione delle domande da parte di coloro ai quali spetta il diritto di voto. La scelta tra i due termini è rimessa agli emittenti e della stessa dovrà essere data notizia nell'avviso di convocazione dell'assemblea, ai sensi del citato art. 127-*ter* del TUF, per consentire agli azionisti di conoscerla.

Affinché il diritto di porre domande sia concretamente esercitabile, al fine di contemperare l'interesse della società ad avere tempo sufficiente per rispondere alle domande e quello degli azionisti di conoscere le risposte prima della scadenza del termine per conferire o revocare le deleghe al rappresentante designato, la soluzione da adottare potrebbe essere quella suggerita dalla Consob, "*di prevedere per la presentazione delle domande il termine di sette giorni di mercato aperto prima dell'assemblea previsto dall'art. 127-ter, comma 1-bis, del TUF, valutando la possibilità di ridurre, anche se di poco, il termine a disposizione della società per rispondere (almeno due giorni prima dell'assemblea ai sensi dell'art. 127-ter, comma 1-bis, del TUF), così da fornire tali risposte prima della scadenza del citato termine per conferire o revocare la delega*".

2) Con riferimento al punto sub 2,) ossia la previsione che al rappresentante possano essere conferite deleghe e subdeleghe ai sensi dell'art. 135-*novies* del TUF, in deroga al co. 4 dell'art. 135-*undecies* del TUF e, pertanto, senza la necessità di compilare e sottoscrivere i moduli di delega, è auspicabile, anche in questo caso

come "suggerito" dalla Consob, che al rappresentante designato dalla società possano essere conferite solo deleghe con istruzioni di voto sulle singole materie all'ordine del giorno su cui si intende votare e che anche le deleghe o subdeleghe di cui all'art. 135-*novies* del TUF al rappresentante designato debbano contenere istruzioni di voto.

Occorre, inoltre, porre particolare attenzione alla disciplina della sollecitazione di deleghe di voto come prevista agli artt. 136 ss. del TUF e dagli artt. 135 ss. del regolamento emittenti, che trovano applicazione anche nell'ipotesi in cui le società decidano di consentire l'intervento in assemblea *esclusivamente* tramite il rappresentante designato.

In primo luogo, l'art. 138, co. 1, del regolamento emittenti prevede che "*per il conferimento della delega il soggetto a cui spetta il diritto di voto trasmette al promotore il modulo di delega*" e, pertanto, anche nei casi in cui sia previsto l'esercizio del diritto di voto esclusivamente tramite il rappresentante designato, la sollecitazione dovrà svolgersi come sopra indicato e non inviando direttamente al rappresentante i moduli di delega relativi alla stessa sollecitazione;

in secondo luogo, ferma restando la responsabilità del promotore anche per la verifica della completezza dei moduli di delega raccolti, per l'espressione del voto in assemblea le deleghe raccolte nell'ambito della sollecitazione dovranno essere conferite dal promotore al rappresentante designato dalla società a titolo di subdelega ai sensi dell'art. 135-*novies* del TUF;

in terzo luogo, nella ipotesi in cui sia prevista la subdelega al rappresentante designato non troveranno applicazione le disposizioni - nei casi indicati dagli artt. 137, co. 3 e 138, co. 4, del regolamento emittenti - che attribuiscono al promotore il diritto di esercitare il voto in modo difforme da quello proposto, "*ove espressamente autorizzato dal soggetto sollecitato nel caso in cui si verifichino circostanze di rilievo, ignote all'atto del rilascio della delega e che non possono essere a questi comunicate, tali da far ragionevolmente ritenere che lo stesso, se le avesse conosciute, avrebbe dato la sua approvazione*";

infine, al fine di garantire la completezza delle informazioni per gli azionisti sollecitati, come previsto all'art. 143, co. 1 del TUF, la Consob richiama l'attenzione sulla necessità di chiarire le specifiche modalità di svolgimento della sollecitazione di deleghe nell'avviso previsto dall'art. 136, co. 1, del regolamento emittenti, nonché nel prospetto pubblicato ai sensi del terzo comma del medesimo articolo.

B) Per le banche popolari, le banche di credito cooperativo, le società cooperative e le mutue assicuratrici, il co. 6, al pari dei co. 4 e 5, dell'art. 106, dispone che esse, anche in deroga alle disposizioni legislative e statutarie che prevedono limiti al numero di deleghe conferibili ad uno stesso soggetto (art. 150-*bis* del TUB, art. 135-*duodecies* del TUF e art. 2539 c.c.), possano designare per le assemblee ordinarie o straordinarie il rappresentante previsto dall'art. 135-*undecies* del TUF. Le stesse società possono altresì prevedere nell'avviso di convocazione

che l'intervento in assemblea si svolga *esclusivamente* tramite il predetto rappresentante designato.

Le medesime considerazioni svolte con riferimento ai co. 4 e 5, possono essere riproposte anche per le assemblee delle società del mercato bancario, assicurativo e per le società cooperative, anche se nel co. 6 ci sono due importanti differenze: 1) in primo luogo viene esclusa l'applicabilità del quinto comma dell'art. 135-*undecies* del TUF, per cui viene esclusa la possibilità di esprimere un voto difforme rispetto alle istruzioni impartite dal delegante e 2) il termine per il conferimento della delega è fissato al secondo giorno precedente la data di prima convocazione dell'assemblea.

(18-05-2020)