

Corte appello sez. I - Ancona, 03/12/2018, n. 2778

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
CORTE D'APPELLO DI ANCONA

La Corte di Appello di Ancona - I sezione civile- composta dai seguenti magistrati:

Dr. UGO PASTORE - Presidente
Dr. PIERGIORGIO PALESTINI - Consigliere
Dr. ANNALISA GIANFELICE - Consigliere Rel.

Ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa civile in secondo grado, iscritta a ruolo al n. 1041/2012 e promossa

DA

A. SpA, rappresentata e difesa dall'avv. (Omissis)

APPELLANTE

CONTRO

- A.G., rappresentata e difesa dagli Avv.ti (Omissis)

APPELLATA

- F.M. S.r.l.

APPELLATA CONTUMACE

OGGETTO: Appello a sentenza n. 380/12, depositata in data 9/06/12, del Tribunale di Macerata in materia di impugnazione delibere societarie

Con sentenza n. 380/12, depositata in data 9/06/12, il Tribunale di Macerata accoglieva il ricorso proposto da F.M. S.R.L. e dichiarava la nullità della delibera assunta da A. S.P.A. in data 26.11.2006.

La Delib. del 26 novembre 2006 ha revocato, ai sensi dell'art. 2437-bis, comma 3 c.c., le modifiche statutarie adottate con la delibera assembleare del 3.7.2006, che prevedeva fra l'altro la soppressione della clausola statutaria inerente la devoluzione ad arbitri delle controversie societarie, e la restrizione del diritto di partecipazione conseguente alla modifica statutaria dell'art. 11; a seguito di tali modifiche dello Statuto, ed in particolare a seguito della modifica dell'art. 30 dello statuto con conseguente eliminazione della clausola compromissoria, F.M. S.R.L. aveva esercitato il recesso con missiva del 17.7.2006, su mandato espresso da A.G.

Il tribunale di prime cure riteneva la nullità della Delib. 26 settembre 2006 per difetto del *quorum* deliberativo: trattandosi di delibera avente ad oggetto modifiche statutarie, necessitava del *quorum* qualificato dei 2/3 previsto dall'art. 34, comma 6 D.Lgs. n. 5 del 2003, da calcolare su tutte le

partecipazioni societarie, compresa quella del socio receduto, *quorum* non raggiunto a causa della nullità della delega ex art. 2372 co. 5 c.c. conferita dai soci A. e A.G. a M.G., socia e dipendente dell'A.

Avverso detta sentenza ha proposto appello A. spa. Si è costituita la sola G.A. contestando l'appello e chiedendone il rigetto; non si è costituita F.M. s.r.l che pertanto va dichiarata contumace.

La Corte di Appello di Ancona, raccolte le conclusioni all'udienza del 5.06.2018, ha trattenuto la causa a sentenza.

Col primo motivo di gravame la parte appellante eccepisce l'erroneità della sentenza gravata nella parte in cui ha omesso di pronunciarsi sulla eccezione di tardività e inammissibilità della costituzione effettuata dalla G.A. in data 17.02.2012 nel giudizio di primo grado; illustra che nelle more del giudizio di primo grado, in data 30.07.2010, F.M. ha ritrasferito 210 azioni alla fiduciante G., che non essendo più socia a seguito della cessione, F.M. aveva perso la legittimazione ad impugnare la delibera assembleare, che la costituzione della G. è tardiva ed invalida in quanto avvenuta con la comparsa conclusionale del 17.02.2012 e con mandato alle liti conferito in calce/a margine di tale memoria conclusionale in violazione dell'art. 83 co. 3 c.p.c.; argomenta che la cessione delle azioni nel corso del giudizio di impugnazione di delibera societaria preclude l'impugnativa e che l'acquirente non è legittimata a proseguire il giudizio.

Il motivo è in parte infondato, in parte inammissibile.

In tema di impugnazione di delibere di società di capitali, l'art. 2378 co. 2 c.c. dispone che Fermo restando quanto disposto dall'articolo 111 del codice di procedura civile, qualora nel corso del processo venga meno a seguito di trasferimenti per atto tra vivi il richiesto numero delle azioni, il giudice, previa se del caso revoca del provvedimento di sospensione dell'esecuzione della deliberazione, non può pronunciare l'annullamento e provvede sul risarcimento dell'eventuale danno, ove richiesto.

Il richiamo all'art. 111 c.p.c. rende evidente, fatto salvo il possesso della quota minima necessaria per la legittimazione, il diritto dell'acquirente ad intervenire nel giudizio di impugnazione della delibera: il successore a titolo particolare nel diritto controverso, che abbia spiegato intervento volontario, assume nel processo una posizione coincidente con quella del suo *dante causa*, divenendo titolare del diritto in contestazione; pertanto in virtù del segnalato inciso contenuto nell'art. 2378 c.c. l'intervento dell'acquirente produce una sorta di "effetto conservativo" rispetto alla domanda di annullamento della deliberazione.

I profili di invalidità dell'intervento ex art. 111 c.p.c. sono invece ormai sanati ex art. 13 co. 4 D.Lgs. n. 5 del 2003 ed ex art. 157 c.p.c., in quanto sia l'irritualità del mandato difensivo che la decadenza

maturata con riguardo all'intervento spiegato dal successore a titolo particolare non risultano essere state eccepite dalla A. S.P.A. nella prima difesa successiva alla costituzione della G.A., atteso che dopo la costituzione sono state tenute le udienze del 22.02.2012, del 30.05.2012 e del 6.06.2012.

Col secondo motivo di gravame la parte appellante lamenta l'inammissibilità della prima memoria di replica della F.M. in quanto tardiva; argomenta l'inammissibilità della produzione documentale effettuata con tale memoria e della domanda di accertamento della legittimità del recesso esercitato da F.M. S.R.L. introdotta con tale memoria.

Il motivo è inammissibile.

Va infatti rilevato che la sentenza gravata si limita a dichiarare la nullità della delibera impugnata, mentre dichiara inammissibili le ulteriori domande di F.M. S.R.L. e rigetta la domande riconvenzionali di A. spa, sicché la denuncia del vizio procedurale agli effetti non incide sulla pronuncia gravata, che ha già dichiarato inammissibili le ulteriori domande dell'attrice, odierna appellata.

Il rilievo della tardività della produzione documentale si palesa invece privo di sufficiente specificità, in quanto non viene indicato in che modo i documenti di cui si lamenta l'illegittimo ingresso nel processo abbiano orientato la decisione di prime cure.

Col terzo motivo di gravame l'appellante denuncia l'omessa disamina dell'*exceptio compromissi* dedotta nel giudizio di primo grado; argomenta che l'art. 30 dello statuto di A. S.P.A. impone la devoluzione in arbitrato di "Qualsiasi controversia riguardante l'applicazione e/o l'interpretazione delle norme del presente statuto... e ricorda che l'eccezione è stata accolta in precedenti impugnative svolte dalla G.; col quarto motivo di gravame l'appellante torna a dedurre la tardività dell'impugnazione della delibera: illustra che la delibera impugnata è stata adottata il 26.09.2006 ed iscritta nel registro delle imprese il 6.10.2006, e che l'atto di citazione è stato notificata l'8.1.2007, decorso il termine di 90 giorni previsto dall'art. 2377 co. 6 c.c., valutando come *dies a quo* la data del 6/10/2006.

Secondo la Cassazione, nel rito societario le eccezioni in senso proprio sono proponibili sino alla seconda memoria difensiva depositata D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, ex art. 7, comma 1, "in quanto, ai sensi dell'art. 4 del menzionato decreto, le eccezioni non rilevabili d'ufficio non rientrano tra le attività che la parte deve compiere tassativamente con la comparsa di risposta" (Cass., sez. 6^a, 18 aprile 2014, n. 9028, m. 631158), come si desume anche dal D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 10, comma 2, che prevede quale effetto solo dell'avvenuta notificazione dell'istanza di fissazione dell'udienza la decadenza dalle iniziative relative alla definizione del "*thema decidendum*" e del "*thema probandum*" (Cass., sez. 1^a, 6 maggio 2016, n. 9135, m. 639598).

Va inoltre richiamata Cass., n. 15474/11 secondo cui, configurandosi la devoluzione della controversia agli arbitri come rinuncia all'esperimento dell'azione giudiziaria e alla giurisdizione dello Stato, la relativa eccezione dà luogo ad una questione di merito afferente all'interpretazione e alla validità del compromesso o della clausola compromissoria e costituisce un'eccezione propria e in senso stretto, avente ad oggetto la prospettazione di un fatto impeditivo dell'esercizio della giurisdizione statale che, pertanto, dev'essere proposta dalle parti nei tempi e nei modi propri delle eccezioni di merito.

Ciò posto, osserva il Collegio che entrambe le eccezioni - di incompetenza e di decadenza ex art. 2377 co. 6 c.c.-, avanzate per la prima volta dalla convenuta A. S.P.A. con le memorie conclusionali depositate il 17/02/2012, si palesano inammissibili perché tardive, atteso che l'A., nella sua posizione di convenuta, nel contestare l'incompetenza del giudice in favore invece di quella del collegio arbitrale, per via della presenza di una clausola compromissoria, e di tardività dell'impugnazione, doveva sollevare le relative eccezioni al più tardi con la memoria di replica prevista dall'art. 7 D.Lgs. n. 5 del 2003, trattandosi di eccezioni in senso proprio; anche la nota conclusionale ex art. 10 co. 1 D.Lgs. n. 5 del 2003 depositata dalla A. S.P.A. in data 25.09.2007 non contiene né eccezione di compromesso, né eccezione di decadenza.

Va per inciso osservato, quanto alla eccezione di tardività della notifica dell'impugnazione, che l'atto di citazione risulta essere stato notificato a mezzo posta con a/r spedita in data 22.12.2006, prima della data del 6.01.2007 di consumazione del termine di decadenza.

Col quinto motivo di gravame l'appellante torna a ribadire il difetto di legittimazione attiva in capo a F.M. in relazione alla Delib. del 26 settembre 2006, stante l'esercizio del recesso in data 17.07.2006 e la conseguente detenzione di una partecipazione sociale inferiore alla quota del 5 % prevista dall'art. 2377 c.c.

Il motivo, assorbente, è fondato.

Il recesso dalla compagine sociale è stato esercitato dalla F.M. G. ai sensi dell'art. 2473 c.c., a seguito della delibera adottata in data 3.07.2006, su 209 azioni delle 210 possedute; entro il termine di 90 giorni la A. S.P.A. ha adottato la Delib. del 26 settembre 2006 con cui, ai sensi dell'art. 2437-bis c.c., ha revocato la delibera precedentemente assunta che legittimava il recesso del socio.

La delibera di revoca della delibera che ha legittimato il recesso ha privato di efficacia la dichiarazione di recesso ed ha restituito alla F.M. S.R.L. la pienezza della sua posizione sociale e in particolare la sua qualità di socio detentore della quota pari al 5,55% del capitale sociale.

Il giudice di prime cure ha ritenuto la legittimazione attiva di F.M. S.R.L. ad impugnare la delibera di revoca del 26.09.2006, spiegando che, stante l'oggetto - revoca di precedente delibera- la compagine sociale doveva ritenersi la medesima della delibera da revocare.

Ciò posto, va ricordato che ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2437-bis c.c. il recesso non può essere esercitato e, se già esercitato, è privo di efficacia, se, entro novanta giorni, la società revoca la delibera che lo legittima ovvero se è deliberato lo scioglimento della società.

Con la richiamata disposizione il legislatore ha riconosciuto alle S.P.A. il diritto di revocare la delibera che diede origine al recesso giustificato, con il compito di paralizzarne l'efficacia, e, quindi, con la funzione di evitare l'exit dei soci che ne avessero diritto: la revoca della delibera, secondo la lettera della norma, si atteggia pertanto quale condizione risolutiva del recesso già immediatamente efficace, ed è espressione di una precisa scelta del legislatore di favorire l'integrità della compagine e la conservazione del patrimonio sociale, in vista della garanzia che esso offre ai creditori sociali, e quindi di consentire alla società di tornare indietro sulle decisioni che hanno minato l'*affectio societatis* e di evitare operazioni di liquidazione di quote sociali incidenti sul proprio patrimonio e quindi sul proprio valore.

Alla luce del chiaro dettato normativo, ritiene il Collegio che F.M. s.r.l non sia legittimata alla impugnazione della Delib. 26 settembre 2006, atteso che, a seguito dell'esercizio del recesso in epoca precedente alla citata delibera, essa società ha perso lo *status* di socio.

Il recesso infatti è negozio unilaterale recettizio, immediatamente efficace una volta che la relativa dichiarazione sia pervenuta nella sfera cognitiva della società destinataria: da tale momento il socio perde la legittimazione ad esercitare i diritti sociali, divenendo creditore della società per la liquidazione della quota; non può quindi essere riconosciuto al socio receduto il diritto di intervenire e votare in un ente al quale ha manifestato il proprio disinteresse essendo esclusivamente interessato alla realizzazione del proprio credito.

La questione che si pone è se sia sufficiente tale comunicazione a fare scattare gli effetti del recesso (cioè a dire la perdita della qualità di socio e dei correlati poteri/ doveri, fra cui la legittimazione ad impugnare delibere societarie), o se, invece, sia necessario il verificarsi di condizioni ulteriori, come ad es. la liquidazione della quota sociale, tesi per cui propende l'appellata G., che argomenta che la efficacia della dichiarazione di recesso rimane sospesa fino alla scadenza del termine di giorni 90 previsto dall'art. 2437-bis ult. co. c.c. e che una diversa ricostruzione dell'istituto esporrebbe il socio dissenziente a decisioni non condivise o, come nel caso di specie, vizzate, senza poter reagire.

Cass. Civ., Sez. I, 19/03/2004, n. 5548, ritiene "condivisibile l'opinione di chi reputa perdurante la qualità di socio del receduto fino al momento in cui sia concluso il procedimento di liquidazione e rimborso della quota"; sicché dopo la comunicazione del recesso, il socio manterrebbe la sua qualità e la titolarità dei diritti inerenti alla sua partecipazione fino al termine del procedimento di liquidazione della partecipazione, ed il recesso non impedirebbe al socio l'esercizio dei diritti strettamente connessi al diritto alla liquidazione della quota, fra cui va compreso anche il diritto ad impugnare la delibera che vanifica il recesso esercitato.

Invece secondo Cassazione civile, sez. VI, ord. 11/09/2017, n. 21036, che il Collegio sceglie di condividere, Il recesso da una società di persone è un atto unilaterale recettizio e, pertanto, la liquidazione della quota non è una condizione sospensiva del medesimo, ma un effetto stabilito dalla legge, con la conseguenza che il socio, una volta comunicato il recesso alla società, perde lo "status socii" nonché il diritto agli utili, anche se non ha ancora ottenuto la liquidazione della quota, e non sono a lui opponibili le successive vicende societarie.

Ad avviso del Collegio, anche in caso di società di capitali, il socio *medio tempore* receduto non ha la legittimazione per contestare l'avveramento dell'evento risolutivo e quindi non è titolare del diritto di impugnare la delibera avente ad oggetto la revoca della delibera che ha legittimato il proprio recesso, proprio perché ha perso lo *status* di socio.

Detto orientamento va reputato consono all'art. 2437-bis c.c.: il secondo comma della norma impone per le azioni per le quali è stato esercitato il diritto di recesso un divieto di cessione ed un obbligo di deposito presso la sede sociale, operando una sorta di sterilizzazione e di spossessamento in capo al recedente di tutti quei diritti sociali che legittimano il socio ad intervenire ed a votare in assemblea; il socio recedente diventa a quel punto titolare, dalla data della comunicazione della dichiarazione di recesso alla società, come conferma l'art. 2473, co. 3, c.c., di un diritto di credito avente ad oggetto il rimborso della propria partecipazione; il terzo comma, nel privare di efficacia il recesso in caso di revoca della delibera che lo ha legittimato, sarebbe norma priva di senso se si aderisse alla opposta tesi che collega l'efficacia del recesso al termine del procedimento di liquidazione della partecipazione.

Del resto la revoca della delibera che ha giustificato il recesso, ripristinando l'assetto statutario precedente, fa venire meno la causa che ha minato l'*affectio societatis*.

In conclusione, ritiene il Collegio la carenza in capo alla F.M. S.R.L. di legittimazione ad impugnare la Delib. 26 settembre 2006, avendo esercitato il recesso per n. 209 azioni su 210, circostanza che ha inciso sulla partecipazione sociale, divenuta inferiore alla quota del 5 % prevista dall'art. 2377 co. 3 c.c. per l'impugnazione delle deliberazioni dell'assemblea dei soci.

Alla decisione consegue l'accoglimento delle domande riconvenzionali avanzate dalla A. S.P.A. relative alla validità della delibera societaria assunta da A. S.P.A. in data 26.09.2006 ed alla perdita di efficacia del recesso da A. S.P.A. esercitato da F.M. S.R.L. in data 17.07.2006 a seguito della revoca della delibera che ha giustificato il citato recesso.

L'appello va quindi accolto e in riforma della sentenza gravata va dichiarata la carenza di legittimazione attiva di F.M. S.R.L., dichiarata inammissibile la impugnazione della delibera assunta da A. S.P.A. in data 26.09.2006, dichiarata la validità della delibera societaria assunta da A. S.P.A. in data 26.09.2006, dichiarata la perdita di efficacia del recesso da A. S.P.A. esercitato da F.M. S.R.L. in data 17.07.2006.

Il segnalato contrasto giurisprudenziale in tema di efficacia del recesso ex art. 2347-bis c.c. costituisce giustificato motivo di compensazione fra le parti delle spese di lite del doppio grado di giudizio, in ossequio al disposto dell'art. 92 c.p.c..

LA CORTE DI APPELLO DI ANCONA, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da A. S.P.A. contro G.A. e F.M. s.r.l avverso la sentenza in epigrafe così provvede:

- Accoglie l'appello principale e per l'effetto
- - dichiara la carenza di legittimazione attiva di F.M. S.R.L. ad impugnare la delibera assunta da A. S.P.A. in data 26.09.2006;
- dichiara l'inammissibilità dell'impugnazione della delibera assunta da A. S.P.A. in data 26.09.2006;
- - dichiara la validità della delibera societaria assunta da A. S.P.A. in data 26.09.2006;
- - dichiarata la perdita di efficacia del recesso da A. S.P.A. esercitato da F.M. S.R.L. in data 17.07.2006;
- - conferma per il resto la sentenza gravata;
- - compensa fra le parti le spese di lite del doppio grado di giudizio.

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del 2 ottobre 2018.

Depositata in Cancelleria il 3 dicembre 2018.