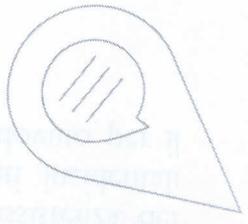


23950/2018



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE



Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati

Oggetto

STEFANO SCHIRO'
MARIA ACIERNO
LAURA TRICOMI
GIULIA IOFRIDA
LOREDANA NAZZICONE

Presidente
Consigliere
Consigliere
Consigliere
Consigliere - Rel.

Azioni proprie -
Assemblea ordinaria di
seconda convocazione -
Computo.

Ud. 19/06/2018 PU
Cron. 23950
R.G.N. 7763/2017

SENTENZA

sul ricorso 7763/2017 proposto da:

C.Oec.!

(omissis) s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in (omissis) presso lo studio dell'avvocato (omissis) che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati (omissis) (omissis) (omissis) giusta procura in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

(omissis) in proprio nonché nella qualità di Presidente e legale rappresentante *pro tempore* di (omissis) s.r.l., elettivamente domiciliati in (omissis)

1191
2018

h

presso lo studio dell'avvocato (omissis) che li rappresenta e difende unitamente agli avvocati (omissis), (omissis), (omissis), giusta procura in calce al controricorso;

- controricorrenti -
avverso la sentenza n. 5875/2016 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 05/10/2016;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 19/06/2018 dal cons. NAZZICONE LOREDANA;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale DE AUGUSTINIS UMBERTO che ha concluso per la rimessione del ricorso alle Sezioni Unite;

uditi, per la ricorrente, gli Avvocati (omissis) (con delega avv. (omissis)), (omissis) (omissis) (con delega avv. (omissis)), e (omissis) che si riportano ai propri scritti e chiedono l'accoglimento del ricorso;

uditi, per la controricorrente, gli Avvocati (omissis) e (omissis) che si riportano ai rispettivi scritti e chiedono il rigetto del ricorso.

FATTI DI CAUSA

La sentenza della Corte d'appello di Roma del 5 ottobre 2016, in riforma della decisione di primo grado, ha annullato la deliberazione dell'assemblea ordinaria della (omissis) s.p.a. del 23 giugno 2011, assunta in seconda convocazione con il voto favorevole del 47% circa del capitale sociale, la quale aveva approvato il bilancio d'esercizio chiuso al 31 dicembre 2010 e deciso la distribuzione degli utili conseguiti.

La corte territoriale ha ritenuto che: a) con riguardo all'eccezione di carenza dell'interesse ad agire - deducibile in ogni stato e grado del giudizio - esso sussiste per l'azione di annullamento della deliberazione per mancato raggiungimento della maggioranza

B

necessaria, in ragione della situazione di incertezza in ordine ai corretti criteri di calcolo della stessa in presenza di azioni proprie, eliminabile proprio con il ricorso al giudice; b) nel *quorum* deliberativo, che l'art. 2369, comma 3, cod. civ. indica nella maggioranza semplice del capitale intervenuto in assemblea, si devono ricomprendere le azioni proprie, detenute dalla società nella misura del 10% del capitale sociale, ai sensi del nuovo art. 2357-ter, comma 2, cod. civ., in cui il termine "capitale" è stato sostituito con quello più ampio di "maggioranze".

Avverso questa sentenza propone ricorso per cassazione la (omissis) (omissis) s.p.a., sulla base di quattro motivi.

Resistono con controricorso gli intimati.

Le parti hanno depositato le memorie di cui all'art. 378 cod. proc. civ.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. - Con il primo motivo, la ricorrente deduce la nullità della sentenza, per violazione degli artt. 112, 329, 342 e 346 cod. proc. civ., avendo la corte territoriale annullato la deliberazione assembleare di distribuzione degli utili, sebbene si fosse al riguardo formato il giudicato interno ed in violazione del principio di corrispondenza del chiesto al pronunciato, dal momento che l'atto di appello ha chiesto l'annullamento solo della deliberazione di approvazione del bilancio.

Con il secondo motivo, deduce la violazione o la falsa applicazione degli artt. 1444, 2377 cod. civ. e 100 cod. proc. civ., avendo la sentenza impugnata riconosciuto l'interesse ad agire degli impugnanti, laddove questi avevano sia escluso di far valere i vizi del bilancio, sia dato volontaria esecuzione alla deliberazione, percependo gli utili distribuiti, con gli effetti della convalida tacita del negozio

annullabile; né è pertinente il richiamo all'interesse ad agire nelle azioni di accertamento, trattandosi di azione costitutiva di annullamento.

Con il terzo motivo, deduce la nullità della sentenza, avendo la corte del merito accolto una domanda abusivamente proposta, in quanto intrapresa senza far valere vizi propri del bilancio ed in presenza della volontaria esecuzione alla delibera mediante la percezione dei dividendi, dunque al solo scopo di ottenere una pronuncia di accertamento delle corrette modalità di calcolo delle azioni proprie ai fini dei *quorum* assembleari.

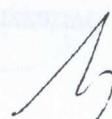
Con il quarto motivo, deduce la violazione o falsa applicazione degli artt. 2357-ter, comma 2, e 2369, comma 3, cod. civ., in quanto le azioni proprie non devono computarsi nel *quorum* deliberativo ove la base di calcolo sia il capitale rappresentato, non quello sociale, pena il rischio di stallo assembleare ed integrazione di causa di scioglimento della società

2. - Va dichiarata inammissibile la produzione, ad opera di entrambe le parti, di contrapposti pareri *pro veritate*, ai sensi dell'art. 372 cod. proc. civ., del quale non è integrata la fattispecie.

3. - Il primo motivo è infondato.

Dall'esame dell'atto di appello, ammissibile in virtù della natura del vizio denunciato, risulta che l'appellante chiese la riforma della sentenza impugnata e l'annullamento della deliberazione in data 23 giugno 2011, aggiungendo fosse quella «*di approvazione del bilancio al 31 dicembre 2010*».

Nonostante l'espressione finale apparentemente restrittiva, nulla nel corpo dell'atto autorizza a ritenere che si sia voluto impugnare solo una delle due decisioni assunte nell'assemblea del 23 giugno 2011, al contrario l'intero contenuto del medesimo palesando che non



vi fu abbandono di una delle domande - dovendo, invero, considerarsi assunte due distinte deliberazioni, sia pure *uno actu* - e che, anzi, fu riproposto il complessivo impianto difensivo esposto in primo grado, con evidente ed inequivoca pari estensione del giudizio d'appello.

4. - Il secondo motivo è infondato.

La qualificazione della "percezione degli utili" - seguita alla deliberazione di approvazione del bilancio e di distribuzione dei dividendi - come negozio tacito di convalida delle precedenti decisioni, per il fatto che i soci di minoranza avrebbero palesato la loro intenzione di non impugnare il bilancio per i vizi di redazione, non coglie nel segno, per diversi ordini di ragioni.

4.1. - L'impugnazione della delibera assembleare di approvazione del bilancio di esercizio può far valere così vizi procedurali propri, come vizi di contenuto del bilancio approvato.

Questa ovvia considerazione è confermata, quale dato positivo, dall'art. 2434-bis cod. civ., che menziona le «azioni previste dagli articoli 2377 e 2379»: dunque, sia l'azione di annullamento, sia quella di nullità, noto essendo il principio che i vizi propri della redazione in sé del bilancio integrano quest'ultima.

Ne deriva che l'interessato può ben agire - in presenza di una deliberazione assembleare che presenti entrambe le categorie dei vizi menzionate - unicamente con l'una o con l'altra azione, senza che per questo possa ritenersi insussistente l'interesse alla medesima, di cui all'art. 100 cod. proc. civ.

4.2. - Né detto interesse viene meno per l'avvenuta percezione degli utili, di cui sia decisa la distribuzione, condotta che non può valere come convalida tacita della deliberazione viziata: specie in presenza della dichiarazione del socio, in sede assembleare, di voto

contrario all'approvazione del bilancio per vizi che inficino il documento contabile ovvero il procedimento della deliberazione che lo approva.

Le deliberazioni di approvazione del bilancio e di distribuzione degli utili costituiscono atti distinti, sia pure contestuali e legati da vincolo di dipendenza, nel senso che la seconda, ove la prima sia contraria alla legge o all'atto costitutivo, ne risulta viziata da invalidità derivata; pertanto, una volta caducata la deliberazione di approvazione del bilancio e quella consequenziale di distribuzione degli utili, il pagamento relativo diviene indebito, ai sensi dell'art. 2033 cod. civ.

Il socio è legittimato ad impugnare la prima deliberazione, esponendosi per ciò solo, quanto alla seconda, alle conseguenze di legge: senza che, tuttavia, la percezione degli utili sia di per sé causa impediente di quell'impugnazione o che essa, pur nella consapevolezza in capo al socio circa l'invalidità della prima deliberazione, integri gli estremi di una convalida tacita della medesima.

Per i vizi di annullabilità, la legge legittima all'impugnazione solo il socio assente, dissenziente o astenuto, non il socio che abbia votato a favore (art. 2377, comma 2, cod. civ.): ma, appunto, questo attiene al regime della legittimazione ad impugnare, non alla sanatoria del vizio. Se egli sia legittimato ad impugnare la deliberazione, non perde tale diritto per il fatto che abbia ricevuto gli utili a seguito di deliberazione di approvazione del bilancio e di distribuzione dei medesimi assunta senza il suo consenso.

E di sicuro ciò non si verifica laddove il socio, in sede assembleare, abbia manifestato i propri rilievi critici al bilancio contestualmente approvato, a valere quale anticipata *protestatio*:

sufficiente di per sé a elidere il valore di dichiarazione tacita di volontà abdicativa con riguardo alla condotta di percezione degli utili, risultanti dal bilancio e distribuiti ai soci.

5. – Il terzo motivo è infondato.

Le precedenti osservazioni inducono al rigetto, altresì, del motivo, posto che né il mancato esercizio dell'azione di nullità per i vizi di redazione del bilancio *de quo*, né la percezione degli utili integrano i presupposti per qualificare come abusiva l'azione intrapresa dai soci di minoranza.

L'abuso del processo – quale controllo sull'atto di esercizio del diritto di azione – presuppone, al pari dell'abuso del diritto come categoria generale, una deviazione nell'esercizio del diritto rispetto allo "scopo" per il quale è stato attribuito in contrasto con la buona fede (criterio che meglio si presta a ricomprenderne altri pure proposti, come l'intenzione esclusiva di nuocere o la sproporzione tra l'interesse perseguito e quello sacrificato).

Esso, dunque, ricorre quando il giudizio, in violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede, nonché dei principi di lealtà processuale e del giusto processo, viene utilizzato a fini dilatori o per ottenere un beneficio connesso alla sua pendenza, in assenza di intenti reali diversi dall'uso strumentale ed opportunistico del medesimo, ovvero quando venga esercitato il proprio diritto in forme eccedenti o devianti rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale.

Si tratta di principi che questa Corte ha ribadito in più fattispecie: così, in tema di lite temeraria ex art. 96, comma 3, cod. proc. civ. (ad es. Cass., sez. un., 1° aprile 2015, n. 6606); di domanda di concordato preventivo, al fine di differire la dichiarazione di fallimento (Cass., sez. un., 15 maggio 2015, nn. 9936 e 9936, Cass. 7 marzo 2017, n. 5677, ed altre); di frazionamento soggettivo delle azioni in

giudizio (Cass. 6 settembre 2017, n. 20834; 30 aprile 2014, n. 9488; 3 maggio 2010, n. 10634); di frazionamento oggettivo del credito (Cass. 11 marzo 2016, n. 4867; 9 marzo 2015, n. 4702; 22 dicembre 2011, n. 28286; sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726); di condono fiscale e presupposto della «lite pendente» (Cass. 21 settembre 2016, n. 18445; 22 gennaio 2014, n. 1271, ed altre).

In sostanza, se l'abuso del processo si riscontra in presenza della violazione del canone della correttezza e della deviazione dal suo scopo tipico, la situazione resta del tutto estranea al caso in esame, onde non ha errato sul punto l'impugnata decisione.

6. – Il quarto motivo è infondato.

Le azioni proprie sono da sempre viste con particolare cautela dal legislatore, in quanto esse hanno influenza, da un lato, sulla struttura finanziaria e sull'effettività del capitale (onde la società che acquista azioni proprie è ora obbligata all'iscrizione nel passivo del bilancio di una specifica voce, con segno negativo, ai sensi dell'art. 2357-ter, comma 3, introdotto dal d.lgs. 18 agosto 2015, n. 139, in vigore dal 1° gennaio 2016); dall'altro lato, quanto agli equilibri interni di potere, l'azionista di maggioranza mediante le azioni proprie potrebbe conquistare una posizione di controllo assoluto, mentre l'azionista di minoranza potrebbe bloccare le decisioni di una maggioranza inferiore alla metà più uno del capitale sociale.

6.1. – Si era già posta, in passato, la questione se, nelle assemblee delle società che hanno in portafoglio azioni proprie, queste debbano computarsi sempre nei *quorum*, anche deliberativi, oppure solo allorché la maggioranza sia determinata con riferimento al «capitale sociale», del quale indubbiamente tali azioni fanno parte, e non quando essa sia determinata in relazione al «capitale rappresentato dagli intervenuti».