

**LA RIFORMA DEL DIRITTO
SOCIETARIO:
QUALI OPPORTUNITÀ PER LE
IMPRESE?**

Anno XI – n. 2

Aprile 2004

Il testo è stato curato da Diego Piselli, avvocato civilista, autore di pubblicazioni in tema di diritto commerciale e fallimentare e Professore a contratto di diritto degli intermediari finanziari nell'Università degli Studi di Bergamo.

1 INTRODUZIONE

1.1 Diritto societario e sviluppo delle imprese

Gli studiosi del diritto dell'economia da tempo segnalano la necessità che l'ordinamento sappia offrire agli imprenditori dei modelli di organizzazione dell'attività delle società idonei a rispondere alle esigenze del mondo degli affari.

Dagli studi anglosassoni sul tema ci viene a questo proposito un concetto che pare molto efficace: il diritto societario altro non è che l'offerta agli imprenditori da parte dello Stato di regole efficienti "pronte per l'uso", utili a risparmiare al sistema economico il costo che deriverebbe dallo svolgimento di complesse trattative per la formazione – caso per caso – di regole di organizzazione della vita interna delle società e di disciplina dei rapporti della società con l'esterno.

In questa prospettiva il diritto societario in tanto può svolgere correttamente il proprio compito in quanto sappia offrire agli operatori economici delle norme davvero efficienti e non - invece - un insieme di regole complesse e lacunose, tali da ostacolare, invece che aiutare, lo sviluppo economico.

Vale la pena – a questo proposito – di citare le parole del rapporto formato dal gruppo di esperti europei coordinato dal Professor Winter e pubblicato nell'ottobre 2002: *“funzione principale del diritto societario è di offrire un quadro normativo per chi intende intraprendere un'attività imprenditoriale in modo efficiente, nel modo ritenuto più adatto per conseguire risultati efficienti. Il diritto societario dovrebbe innanzi tutto facilitare la gestione di imprese efficienti e competitive, senza ignorare la protezione di azionisti e creditori”*.

1.2 La riforma del diritto societario in Italia

Il diritto societario del nostro Paese risale ai primi anni '40 ed è stato con il tempo innovato solo in alcune parti (in tema di bilancio, di fusione e scissione, di assemblea, di nullità, ecc.): da ultimo, nel 1998, si è organicamente riformata la normativa sulle società quotate nei mercati regolamentati.

Il tempo trascorso ha fatto sì che le regole sulle società di capitali, pensate per una società ed un'economia radicalmente diverse da quelle di oggi, si rivelassero “inefficienti” e non idonee a rispondere alle esigenze degli operatori economici.

Questa situazione è stata aggravata dal fatto che per lunga tradizione i Tribunali e le Corti del nostro Paese considerano inderogabili buona parte delle regole del codice civile in materia societaria, frustrando i tentativi degli operatori economici per la ricerca di assetti organizzativi adatti alla concreta realtà d'impresa.

Tutto ciò ha reso necessaria una profonda riforma della disciplina delle società di capitali, che ha interessato anche l'importantissima normativa relativa alla risoluzione delle controversie che interessano il diritto societario, in risposta alla domanda del mondo imprenditoriale per la modifica del sistema di amministrazione della giustizia, che presentava tempi e procedure del tutto incompatibili con le esigenze di celerità e di efficienza di una moderna economia di mercato.

1.3 Le tappe della riforma societaria

La riforma, dopo la formazione di un disegno di legge nella precedente legislatura, ha preso le mosse dalla legge n. 366 del 2001, con la quale il Parlamento ha delegato il Governo della Repubblica ad adottare uno o più decreti legislativi recanti la riforma organica della disciplina delle società di capitali e delle cooperative, la disciplina degli illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali nonché norme per la disciplina dei procedimenti giurisdizionali interessanti le società.

Per quanto riguarda la disciplina delle società di capitali e delle procedure giudiziarie che interessano le società il Governo ha adempiuto al compito ricevuto dal Parlamento con i decreti legislativi nn. 5 e 6 del 2003, il primo dedicato alle norme sostanziali ed il secondo dedicato alle norme di procedura¹.

Entrambi i decreti sono entrati in vigore il 1° gennaio 2004, anche se già a partire dal 22 gennaio 2003 è stata consentita alle società l'adozione di clausole statutarie conformi alle nuove disposizioni, destinate ad essere efficaci con l'entrata in vigore della riforma.

¹ La parte penalistica della riforma era stata anticipata all'anno 2002, con l'emanazione e l'entrata in vigore del decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61.

***I PRINCIPI DELLA LEGGE DELEGA
PER LA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO***

- ⇒ favorire la nascita, la crescita e la competitività delle imprese;
- ⇒ valorizzare il carattere imprenditoriale delle società;
- ⇒ semplificare la disciplina delle società, tenendo conto delle esigenze delle imprese e del mercato concorrenziale;
- ⇒ ampliare gli ambiti dell'autonomia statutaria, tenendo conto delle esigenze di tutela dei diversi interessi coinvolti;
- ⇒ adeguare la disciplina dei modelli societari alle esigenze delle imprese, anche in considerazione della composizione sociale e delle modalità di finanziamento, escludendo comunque l'introduzione di vincoli automatici in ordine all'adozione di uno specifico modello societario;
- ⇒ prevedere due distinti modelli societari riferiti l'uno alla s.r.l. e l'altro alla s.p.a.;
- ⇒ disciplinare forme partecipative di società in differenti tipi associativi, tenendo conto delle esigenze di tutela dei soci, dei creditori sociali e dei terzi;
- ⇒ disciplinare i gruppi di società secondo principi di trasparenza e di contemperamento degli interessi coinvolti.

1.4 Le principali caratteristiche della riforma societaria.

Differenziazione dei diversi modelli societari.

La riforma è mossa dalla constatazione che nella realtà italiana - pur essendo la nostra economia più di altre connotata dalla presenza di imprese di dimensioni medie e piccole - si fa ricorso in modo tendenzialmente indistinto ai diversi modelli delle società di capitali, così che il sistema italiano è caratterizzato dalla presenza di un numero di società per azioni assai più alto di quello che si riscontra in

altre comparabili realtà (in Italia vi sono per esempio più di sessantamila s.p.a. contro le circa tremila società azionarie tedesche).

In questa prospettiva il legislatore ha preso atto della circostanza che il modello legale della società per azioni viene concretamente utilizzato per organizzare in forma societaria attività economiche delle più varie dimensioni e caratteristiche e con le più diverse compagini sociali: dalla società unipersonale (specialmente nell'ambito di articolazioni di gruppo), alla *joint-venture* con due soci, dalla società familiare a quella a base sociale ristretta, dalla società “aperta” ma non quotata in un mercato regolamentato a quella quotata alla borsa valori con un milione di soci.

Nello scrivere la riforma si è pertanto perseguito l'obiettivo dell'armonizzazione delle forme giuridiche alle diverse realtà economiche, in modo tale da creare diversi modelli societari, adatti alle molteplici forme dell'attività imprenditoriale.

Questo obiettivo è stato attuato attraverso il ripensamento e la modificazione delle discipline legali delle società, finalizzato in particolare a rendere il modello della società a responsabilità limitata più distante da quello delle società azionarie ed a ridurre (come si è detto con uno *slogan* presto diffusosi) lo “scalino normativo” tra s.p.a. quotate e s.p.a. non quotate.

Favore per l'autonomia statutaria

La riforma societaria è poi ispirata all'obiettivo del riconoscimento di un'ampia autonomia ai redattori degli statuti delle società di capitali nella conformazione e configurazione delle regole chiamate a governare partecipazioni, finanziamenti, organizzazione, svolgimento e modificazioni del rapporto sociale.

Nel perseguire questo intento il legislatore ha dettato una serie di nuove regole caratterizzate dall'essere sostanzialmente “dispositive”, ossia derogabili da parte dei redattori degli statuti (si tratta di quelle che con termine anglosassone oggi molto in uso si definiscono regole “di *default*”).

È stato invece ridotto al minimo lo spazio delle norme inderogabili e sono stati parallelamente semplificati i meccanismi per la costituzione ed il funzionamento delle società

Diverse sono le cause e le ragioni di tale scelta, come diverse ne sono le implicazioni.

Il favore per l'autonomia negoziale è certamente derivato dal generale, rinnovato e ampiamente diffuso apprezzamento verso meccanismi di selezione affidati al *mercato*: in questa generale prospettiva, le regole che governano la società sono intese come uno degli elementi apprezzati, in senso proprio, dal mercato nella valutazione della capacità della singola impresa organizzata in forma societaria di produrre reddito e di remunerare gli investimenti.

La scelta del legislatore italiano, del resto, sembra essersi ispirata anche a considerazioni afferenti la competitività delle imprese italiane sul piano internazionale: l'opzione per la *deregulation* appare infatti essere stata largamente imposta al legislatore nazionale dalla esigenza di non penalizzare le imprese italiane nella lotta concorrenziale con quelle straniere (data anche la circostanza che altri Paesi dell'Unione Europea hanno già realizzato o stanno realizzando riforme del diritto societario finalizzate a semplificare la disciplina delle società e ad accrescere gli spazi dell'autonomia statutaria).

Per quanto riguarda le società per azioni (per le quali rimangono molte norme non derogabili) l'autonomia si esplica, tra l'altro, nella facoltà di scegliere fra tre diversi modelli di amministrazione e controllo (quello tradizionale ed i due nuovi "monistico" e "dualistico"), oltre che nell'opportunità di creare nuovi strumenti di finanziamento e più in generale di regolare in modo più libero le procedure decisionali interne e l'esercizio dei diritti dei soci.

Per quanto invece riguarda le società a responsabilità limitata la libertà attribuita agli imprenditori è ancora maggiore, dato che la riforma riconosce a queste società una grandissima discrezionalità statutaria, che può giungere fino a conformare l'organizzazione interna delle società in modo sostanzialmente analogo a quello delle società di persone, con conseguenze come l'eliminazione quasi totale

della distinzione tra Assemblea dei soci e Consiglio di Amministrazione, la formazione del capitale sociale tramite apporti d'opera e la previsione statutaria di ipotesi di esclusione del socio dalla compagine sociale.

Ridefinizione del quadro dei diritti e dei doveri dei soci e degli Organi Sociali.

Il terzo elemento caratterizzante la riforma è la ridefinizione del quadro dei diritti e dei doveri dei soci e degli Organi Sociali.

Nel nuovo sistema sarà infatti possibile valorizzare i diversi apporti "immateriali" dei soci distribuendo il capitale sociale fra costoro in misura non più rigidamente proporzionale ai conferimenti effettuati in denaro, beni materiali o (nelle s.r.l.) altre utilità suscettibili di valutazione economica.

I soci, del resto, avranno prerogative sinora sconosciute, come quella di esercitare direttamente l'azione di responsabilità contro gli amministratori o quella di recedere dalla società in casi finora non previsti o vedranno limitate certi diritti finora loro attribuiti e suscettibili di portare eccessiva conflittualità nell'organismo societario (come il diritto di impugnare le deliberazioni assembleari).

Con l'entrata in vigore della riforma – peraltro- si delineeranno con maggiore precisione i confini dei diritti e dei doveri degli amministratori delle s.p.a. e verrà regolata la delicatissima materia della ripartizione di funzioni tra amministratori delegati e consiglio di amministrazione.

Nuove regole per le controversie relative alla materia societaria

Come si è accennato, le nuove regole contengono infine importanti disposizioni riguardanti le controversie relative alla materia societaria.

Per queste controversie è stato istituito un rito processuale speciale, improntato ai criteri della concentrazione dei tempi e dell'eliminazione delle formalità ed è stato incentivato il ricorso all'arbitrato ed alla conciliazione.

Nuove regole in materia di bilancio (cenni)

Una parte importante delle nuove norme in materia societaria si riferisce alla cruciale disciplina del bilancio.

La legge delega per la riforma prevedeva l'eliminazione delle interferenze nella normativa fiscale sul reddito di impresa nella redazione del bilancio; la regolamentazione delle poste del patrimonio netto, per assicurare una disciplina chiara della loro formazione e del loro utilizzo; l'introduzione di specifiche regole relative ad operazioni di carattere valutario e finanziario; l'estensione delle ipotesi in cui è consentito il ricorso al bilancio in forma abbreviata; l'armonizzazione della disciplina fiscale sul reddito di impresa con le innovazioni proposte.

I principi della legge delega sono stati attuati attraverso una serie di articolati interventi la cui trattazione non può peraltro trovare spazio nel presente documento.

1.5 Perché è importante conoscere la riforma societaria

Il quadro delle nuove regole è molto complesso e lo studio e l'applicazione delle medesime richiederà necessariamente alle imprese il ricorso a collaboratori specializzati.

La diretta conoscenza del quadro generale delle nuove norme è peraltro da ritenersi fondamentale per gli imprenditori.

A costoro è infatti oggi offerta l'opportunità epocale di agire in un "ambiente giuridico" nel quale le strutture societarie non sono più ingabbiate da norme rigide ed ormai inefficienti.

Esiste oggi, in altre parole, l'opportunità di "fare uso del diritto societario" come di una vera e propria risorsa per l'organizzazione d'impresa, conformando attentamente le caratteristiche giuridiche delle organizzazioni societarie in modo tale da realizzare la massima efficienza ed il massimo risparmio di costi.

Il presente Quaderno è destinato ad offrire una prima informativa generale sui principali aspetti della riforma societaria: l'informativa è compiuta senza alcuna pretesa di completezza ed operando una selezione delle novità legislative tale da privilegiare gli aspetti di più immediato interesse per gli operatori d'impresa.

ATTUAZIONE DELLA RIFORMA



1° GENNAIO 2004

- le società di capitali vengono iscritte nel registro delle imprese soltanto se lo Statuto è conforme alle nuove norme;

ma

- i bilanci relativi ad esercizi chiusi fino a tale data vengono redatti con le anteriori norme.

30 SETTEMBRE 2004

- scade il termine per gli adeguamenti statuari alle nuove norme inderogabili per le società iscritte prima del 1° gennaio 2004 nel registro delle imprese e cessano di avere efficacia le norme statutarie che non sono conformi alle norme inderogabili;

e

- i bilanci degli esercizi chiusi dopo tale data devono essere obbligatoriamente redatti secondo le nuove norme;

ma

- i bilanci degli esercizi chiusi dopo il 1° gennaio 2004 e fino a tale data possono essere redatti secondo le nuove norme ovvero secondo le norme anteriori.

2 IL NUOVO VOLTO DELLE SOCIETÀ PER AZIONI

2.1 *Le principali novità per le s.p.a.*

Le società destinatarie dell'intervento riformatore e la nuova classificazione delle s.p.a.

La riforma del diritto societario innoverà profondamente la struttura delle società italiane per azioni, introducendo regole del tutto nuove le quali – ancorché parzialmente mutate da quelle tedesche e francesi – presentano caratteristiche di estrema originalità.

La conoscenza delle nuove regole è importante per l'imprenditore sia per ragioni di strategia imprenditoriale che per l'esigenza di contenere i costi d'impresa.

L'adozione dei nuovi modelli organizzativi potrebbe infatti consentire, nei modi che poi si vedranno, una migliore articolazione dei processi decisionali e di controllo interni alle s.p.a.: i nuovi sistemi di amministrazione e controllo dovranno – peraltro – anche essere attentamente valutati sotto il profilo dei costi connessi alla modificazione delle attuali procedure ed all'introduzione di nuovi metodi.

La nuova normativa riguarda tutte le società per azioni.

Le nuove regole, tuttavia, molto più che in passato, dettano una disciplina differenziata a seconda del sistema utilizzato dalle società per il reperimento delle risorse proprie.

La legge distingue pertanto oggi tra:

- a) società che non ricorrono al mercato per acquisire capitale di rischio, e che, pertanto, confidano sulle risorse di un azionariato circoscritto;
- b) società che, pur ricorrendo a tale mercato, non vi quotano i propri titoli;
- c) società i cui titoli sono, invece, quotati in mercati regolamentati.

Da questa distinzione deriva l'applicazione di regole parzialmente

differenti per i diversi tipi di società, sia pur sulla base di un nucleo di regole comuni.

Per i limitati fini del presente lavoro si esporranno solo le regole comuni ai diversi tipi di società, rimandando a successivi eventuali approfondimenti le questioni particolari.

L'ampliamento dell'autonomia statutaria delle s.p.a.

La riforma concede un grandissimo spazio all'autonomia dei soci nella determinazione della disciplina statutaria, autonomia limitata solo dalla necessità di tutelare i terzi (in primo luogo dei creditori) ed i soci di minoranza.

Le regole legali sono peraltro caratterizzate da un maggior grado di inderogabilità per le società che si rivolgono al mercato del capitale di rischio (le società c.d. aperte) mentre per le altre – le società c.d. chiuse – risulta massimo lo spazio dell'autonomia statutaria.

La nuova disciplina dei mezzi di finanziamento della s.p.a.

La riforma societaria intende favorire al massimo il reperimento da parte delle società di risorse proprie senza ricorso all'indebitamento bancario.

A questo scopo la nuova legge consente un'ampia modulazione dei diritti connessi alle azioni di società, in modo tale da consentire il miglior utilizzo di questo strumento per la raccolta di capitale: è ora possibile - quindi - emettere azioni completamente prive del voto, meno esposte al rischio delle perdite, ovvero fornite di diritti patrimoniali correlati ai risultati dell'attività in un determinato settore.

È oggi altresì possibile l'attenuazione del legame tra il titolo azionario ed il capitale sociale: lo statuto può oggi pertanto prevedere la mancanza di proporzionalità tra il conferimento del socio e la misura della sua partecipazione in società: l'influenza dell'azionista sulle decisioni sociali non è più determinata dal valore dei mezzi che

egli destina all'iniziativa imprenditoriale, così che possono formarsi accordi tra gli azionisti relativi all'amministrazione della società che prescindano dalla rigida applicazione del principio di proporzionalità.

Per effetto delle nuove regole, poi, la società può emettere strumenti finanziari "atipici" che attribuiscono diritti patrimoniali o amministrativi, con la sola esclusione del voto nell'assemblea generale degli azionisti, ma con l'eventuale facoltà di designazione di un componente negli organi di amministrazione.

Allo stesso obiettivo sono finalizzate alcune modificazioni apportate alla normativa che interessa le obbligazioni, nonché la costituzione di patrimoni separati esclusivamente destinati alla realizzazione di uno specifico affare.

Mentre per il passato era consentito limitare il rischio d'impresa soltanto diversificando le caratteristiche delle azioni (ordinarie, privilegiate, ecc.), è infatti ora possibile contenerlo anche isolando settori ed affari specifici dell'attività della società, che, con riguardo ad essi, può emettere strumenti finanziari.

Novità in tema di amministrazione e controllo.

Ulteriori novità investono l'amministrazione ed il controllo della società.

Ai soci è permessa, con una specifica previsione statutaria, la scelta tra più sistemi di amministrazione: da quello tradizionale, articolato sul consiglio di amministrazione e sul collegio sindacale, a quello, che, tratto dal modello tedesco, è imperniato su un consiglio di gestione e su un consiglio di sorveglianza (sistema dualistico); a quello, infine, di matrice anglosassone, caratterizzato da un consiglio di amministrazione e da un comitato di controllo costituito al suo interno (sistema monistico).

La riforma, peraltro, sancisce il principio dell'esclusiva competenza degli amministratori nella gestione dell'impresa, eliminando, in tal modo, le possibili competenze gestionali

dell'assemblea che erano previste dalla precedente disciplina.

Nuova disciplina dei patti parasociali

La riforma delle società introduce per la prima volta nel codice civile una disciplina dei “patti parasociali”, finora oggetto di regolamentazione solo se riferiti alle società quotate: si tratta di una disciplina finalizzata a far sì che questi accordi siano resi noti ai terzi interessati e non abbiano una durata eccessiva.

Le nuove regole introdotte nel codice civile disciplinano infatti i patti tra azionisti destinati a stabilizzare gli assetti proprietari ed il governo della società e che abbiano ad oggetto l'esercizio del diritto di voto in assemblea ovvero la circolazione delle azioni o l'esercizio di un'influenza dominante sulla società (le regole si applicano sia per i patti relativi ad una società per azioni che per quelli relativi a società che controlli una società per azioni).

Secondo la nuova disciplina la durata dei patti parasociali non può eccedere i cinque anni (salvo rinnovo): in assenza di un termine di durata ciascun contraente può recedere con preavviso.

Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio i patti parasociali debbono essere comunicati alla società e dichiarati all'apertura di ogni assemblea: in difetto di questa pubblicità i soci partecipanti agli accordi non possono esercitare il diritto di voto, pena l'annullabilità della deliberazione adottata con il contributo determinante dei medesimi.

La disciplina dei patti parasociali ora ricordata non è peraltro applicabile in presenza di intese strumentali ad accordi di collaborazione nella produzione e/o nello scambio di beni e di servizi relativi a società interamente possedute dai partecipanti

Nuova disciplina del controllo contabile e di legalità

Nel sistema tradizionale al collegio sindacale sono state attribuite competenze più limitate rispetto a quelle tradizionali, con l'esclusione del controllo contabile affidato a revisori esterne (soltanto per le società che non ricorrono al mercato del capitale di rischio è permesso, in conformità di specifica clausola statutaria, il conferimento di questo compito ai sindaci).

Nel sistema dualistico (consiglio di gestione e consiglio di sorveglianza), il controllo spetta al consiglio di sorveglianza, con il ricorso, per quello contabile, a revisori esterni.

Nel sistema monistico il controllo è invece rimesso al comitato costituito all'interno del consiglio di amministrazione, mentre, anche in questo caso, il controllo contabile è affidato a revisori esterni.

2.2 La costituzione della nuova s.p.a. e la s.p.a. unipersonale

La riforma societaria ha introdotto nel nostro ordinamento la possibilità (già prevista per le s.r.l.) di costituire una società per azioni con atto unilaterale che dà vita ad una società "unipersonale" caratterizzata dal requisito della responsabilità limitata.

In caso di insolvenza della società risponde peraltro illimitatamente il socio al quale siano appartenute tutte le azioni (ovviamente con riguardo alle obbligazioni sorte nel periodo di tale appartenenza).

L'azionista unico, peraltro, non incorre in questa responsabilità se, venuta meno la pluralità dei soci, i conferimenti ancora dovuti siano stati effettuati entro novanta giorni ovvero siano state rispettate le regole di pubblicità legale volte a far conoscere ai terzi la circostanza che le azioni, appunto, appartenevano ad una sola persona; in mancanza di tale adempimento pubblicitario questo socio risponde fin quando non vi si provveda.

Nel caso di costituzione per atto unilaterale l'azionista unico risponde illimitatamente se i conferimenti in denaro, al momento della sottoscrizione, non sono stati integralmente effettuati.

2.3 L'amministrazione e il controllo nella nuova s.p.a.

2.3.1. Il sistema tradizionale

L'ordinamento italiano imponeva alle società di capitali, fin dal diciannovesimo secolo, (quando ancora si parlava di società "anonime") la costituzione di tre organi sociali con distinte funzioni:

ASSEMBLEA	ORGANO AMMINISTRATIVO	COLLEGIO SINDACALE
<p>Ha il compito di assumere le decisioni fondamentali per l'andamento dell'impresa come:</p> <ul style="list-style-type: none"> - nomina e revoca degli amministratori; - deliberazione dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori; - approvazione del bilancio; - modificazioni dello Statuto sociale (in quanto ammesse dalla legge). 	<p>Il governo della società è affidato agli amministratori, dotati in via esclusiva del potere di porre in essere tutte le operazioni economiche e giuridiche che appaiano necessarie per la realizzazione dello scopo della società.</p>	<p>Ha il compito di controllare e verificare l'attività degli amministratori sia sotto il profilo contabile che sotto quello amministrativo.</p>

Qualsiasi imprenditore che intendeva organizzare la propria attività nella forma giuridica della società per azioni era tenuto ad adottare questo sistema organizzativo, solo da pochi anni modificato

per le società quotate, nelle quali la funzione di controllo è esercitata congiuntamente dal Collegio Sindacale (incaricato del controllo generale di legalità e diligenza sull'operato degli amministratori) e la società di revisione (incaricata di controllare la contabilità).

2.3.2. Le soluzioni straniere

Altri ordinamenti hanno scelto una differente soluzione organizzativa.

Per la vicinanza degli ordinamenti giuridici è per esempio opportuno esaminare l'esempio francese e quello tedesco.

In Germania e (ove la società scelga questo sistema) anche in Francia è, infatti, da tempo prevista la possibilità di adottare il sistema amministrativo c.d. "dualistico" (o "two tier" secondo una nota definizione anglosassone), che vede il compito amministrativo ripartito tra due diversi organi, uno incaricato della concreta gestione imprenditoriale e l'altro deputato a compiti di alta supervisione dell'attività amministrativa, oltre che alla fondamentale funzione di nomina degli amministratori "operativi".

In Germania i due organi prendono il nome di *Aufsichtsrat*, o Consiglio di Amministrazione, e di *Vorstand*, o Consiglio di Sorveglianza, mentre in Francia si parla – rispettivamente – di *Directoire* e di *Conseil de Surveillance*.

Sia in Francia che in Germania è prevista inoltre, in certi casi, la presenza di una rappresentanza dei prestatori di lavoro nel Consiglio di Sorveglianza: questo accade in Francia quando le azioni detenute dai prestatori di lavoro rappresentino più del 3% del capitale sociale, mentre in Germania il riferimento è al numero di dipendenti.

In presenza di un sistema dualistico di gestione, inoltre, il sistema francese e quello tedesco affidano la funzione di controllo amministrativo-contabile a revisori esterni alla società.

2.3.3. Il nuovo ruolo del Collegio sindacale nel sistema tradizionale di amministrazione e controllo

La riforma ha confermato la scelta del nostro ordinamento per il sistema tradizionale italiano: il legislatore ha tuttavia introdotto significative novità relative a ruolo e funzioni di amministratori e Sindaci e ha consentito alle società di adottare due diversi modelli di amministrazione (quello “monisitico” e quello “dualistico”) simili a quelli in uso all’estero.

Nella nuova s.p.a. al Collegio Sindacale non saranno più assegnati i tradizionali amplissimi compiti, perché quest’Organo sarà privato della funzione di controllo contabile, affidata in via esclusiva ad un revisore o ad una società di revisione, e sarà invece investito di una funzione di “sovrintendenza” della società, intesa dalla legge come sorveglianza sull’osservanza della legge e dello Statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e sull’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società.

Le sole società per azioni che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e che non sono tenute alla redazione di un bilancio consolidato potranno peraltro optare, attraverso una apposita disposizione dello Statuto, per il mantenimento del controllo contabile in capo ai Sindaci.

COLLEGIO SINDACALE NEL SISTEMA TRADIZIONALE:

- ✓ deve controllare gli adempimenti legali, lo Statuto e il rispetto della corretta amministrazione;
- ✓ le riunioni devono svolgersi almeno ogni 90 gg. (è previsto l’utilizzo di mezzi telematici);
- ✓ può convocare l’assemblea al verificarsi di omissioni, ingiustificati ritardi da parte degli amministratori oppure con l’individuazione di fatti censurabili;
- ✓ può effettuare denuncia al Tribunale per il fondato sospetto di operazioni dannose compiute dagli amministratori in violazione ai propri doveri;
- ✓ sono previste nuove cause di ineleggibilità e decadenza.

2.3.4. La nuova disciplina del Consiglio di Amministrazione nel sistema tradizionale di amministrazione e controllo

Nel nostro Paese le regole sul governo societario contenute nel codice civile del 1942, ed arricchite da moltissime decisioni dei Tribunali e delle Corti, prevedevano l'attribuzione pressoché esclusiva del potere di compiere gli atti d'esercizio dell'impresa agli amministratori, che potevano istituire all'interno del loro Consiglio differenze funzionali tra soggetti incaricati di compiti di alta direzione e sorveglianza e amministratori "delegati", investiti di specifici compiti gestionali.

Secondo le regole in questione gli amministratori dovevano agire con "diligenza" e rispondevano di fronte alla società ed ai creditori sociali del danno cagionato per la violazione di questo principio di azione: l'azione dei creditori poteva essere proposta in caso di insufficienza del patrimonio sociale mentre quella della società presupponeva una deliberazione assembleare.

Queste regole stabilivano inoltre che tutti gli amministratori erano responsabili per un atto dannoso: o per averlo direttamente compiuto o per non aver provveduto a vigilare per impedire il compimento di questo atto (salva in questo secondo caso la prova – molto difficile da dare – dell'ignoranza dell'atto medesimo).

La disciplina relativa agli amministratori contenuta nel codice civile si è rivelata nel tempo inadeguata e – per comune opinione del mondo professionale ed economico – bisognosa di riforma.

I difetti di questa disciplina erano molti, a cominciare dal fatto che l'azione di responsabilità sociale era regolata in maniera particolarmente inefficiente.

Questa azione veniva infatti esercitata molto raramente dalle società *in bonis* (ossia non fallite): non accadeva invece quasi mai che la maggioranza assembleare che aveva scelto e che sosteneva gli amministratori si attivasse per reprimere gli illeciti di costoro (spesso nominati, specie nelle società di più piccole dimensioni, nelle persone dei soci di maggioranza).

L'azione di responsabilità veniva invece per lo più esercitata in caso di fallimento dai Curatori: in questa ipotesi la normativa favoriva la proposizione di richieste di ingenti danni anche nei confronti di amministratori non coinvolti in attività irregolari, mentre la prassi dei Tribunali favoriva l'emergere di figure di responsabilità particolarmente onerose per gli ex amministratori, come la responsabilità per la continuazione dell'attività sociale dopo la perdita del capitale sociale.

Tra i difetti della disciplina antecedente la riforma va poi ricordato il fatto che nella legge era scarsamente delineato il contenuto dei doveri degli amministratori ed appariva eccessivamente dilatata la responsabilità degli amministratori non dotati di specifiche "deleghe" operative, mentre risultavano troppo ampie certe ipotesi di responsabilità come, appunto, quella derivante dalla continuazione dell'attività dopo la perdita del capitale sociale.

La riforma non ha operato una revisione generale delle regole sul rapporto di amministrazione e sulla responsabilità degli amministratori, ma ha in ogni modo introdotto in Italia importanti novità in proposito.

La nuova normativa definisce anzitutto con maggiore precisione il contenuto dei doveri degli amministratori, eliminando il generico richiamo alla "*diligenza del mandatario*" finora contenuto nel codice civile e stabilendo invece che costoro "*devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze*".

Si tratta di una norma che non mancherà di avere grande importanza pratica, anche se al momento non vi è ancora unità di vedute nell'interpretazione della stessa.

Solo per dare un'idea del dibattito attualmente in corso, si ricorda che secondo alcuni interpreti nel nuovo sistema il grado di diligenza degli amministratori dovrà essere valutato tenendo in particolare considerazione la specifica competenza professionale o tecnica di ognuno di loro. In altra prospettiva si afferma invece che con l'entrata in vigore delle nuove regole la diligenza dovrà essere valutata

considerando la posizione funzionale assunta da ciascun amministratore nell'ambito del Consiglio: è chiaro comunque che l'una o l'altra interpretazione determina la delimitazione della responsabilità degli amministratori rispetto a quanto attualmente avviene.

La nuova disciplina pone poi l'accento sull'obbligo degli amministratori di agire in modo informato, stabilendo anzitutto che gli organi delegati debbano riferire almeno ogni sei mesi al Consiglio ed al Collegio Sindacale sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione, nonché sulle operazioni di maggior rilievo, incluse quelle effettuate da società controllate.

Questa disciplina, infine, prevede che ciascun amministratore possa chiedere che gli organi delegati forniscano in Consiglio informazioni riguardanti la gestione.

Le nuove disposizioni sono quindi dotate di grande portata innovativa in relazione alla delicata materia dell'assolvimento dell'obbligo di vigilanza sull'operato degli Amministratori delegati da parte degli amministratori non investiti di funzioni operative, obbligo che, come si è detto, è configurato in maniera molto ampia dalla disciplina attualmente vigente.

La limitazione della responsabilità per quella che i giuristi definiscono "*culpa in vigilando*" deriverà anzitutto dal fatto che, come si è visto, la legge imporrà d'ora in poi un preciso riferimento alle peculiari cognizioni del singolo amministratore come parametro di valutazione della diligenza del medesimo.

La novità maggiore è però data dal fatto che il nuovo articolo 2392 del codice civile modifica la disciplina in tema di responsabilità per difetto di vigilanza e di intervento, eliminando il riferimento ad un generale obbligo di vigilanza e facendo invece riferimento al più circoscritto dovere di eseguire controlli periodici sull'andamento della gestione.

Questo significa che, finalmente, viene delimitato il contenuto del dovere di vigilanza degli amministratori non operativi dai quali non potrà essere più pretesa una costante e penetrante vigilanza su tutte le

operazioni imprenditoriali: da costoro, invece, potrà essere preteso essenzialmente il compimento della verifica dell'efficienza e della completezza dei sistemi organizzativi ed informativi, il controllo delle informazioni periodiche degli amministratori delegati e l'attiva ricerca di informazioni ulteriori solo quando quelle periodicamente offerte dai delegati appaiano palesemente insufficienti.

Rilevanti novità riguardano anche la disciplina del conflitto di interessi degli amministratori.

In sintesi:

- si tutela la trasparenza, imponendosi agli amministratori di dare notizia di ogni interesse che essi abbiano, anche per conto di terzi, in operazioni della società, anche se l'operazione sia nell'interesse sociale;
- si impone agli amministratori delegati interessati di astenersi dal compiere l'operazione, investendone l'organo collegiale ed obbligando a motivare la deliberazione adottata nella situazione prevista dalla norma;
- si persegue la prevenzione del danno consentendo l'impugnativa della deliberazione dell'organo non solo agli amministratori assenti o dissenzienti, ma anche a quelli consenzienti ed al collegio sindacale quando non siano stati debitamente informati del conflitto;
- sotto il profilo propriamente risarcitorio si prevede che il risarcimento integrale del danno sia dovuto, oltre che nei casi di violazione dei doveri di informazione o di astensione dal voto, anche nei casi in cui un amministratore abbia utilizzato a vantaggio proprio o di terzi, o abbia comunicato a terzi, dati, notizie od opportunità di affari appresi nell'esercizio delle proprie funzioni.

CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE NEL SISTEMA TRADIZIONALE

- ✓ estensione delle competenze gestionali a tutti gli atti compresi nell'oggetto sociale e previsione della rappresentanza generale per tutti gli atti compiuti in nome e per conto della società (salvo limitazioni previste dallo statuto, dall'atto di nomina e delega);
- ✓ nuova definizione del concetto di "diligenza" degli amministratori;
- ✓ nuova disciplina della delega al Comitato esecutivo e agli amministratori delegati;
- ✓ nuova disciplina della circolazione delle informazioni all'interno dell'Organo Amministrativo;
- ✓ nuova disciplina degli "interessi degli amministratori"

2.3.5. I sistemi alternativi di amministrazione e controllo

La riforma non si è limitata a modificare la disciplina tradizionale del Consiglio di Amministrazione e del Collegio Sindacale.

La nuova legge ha infatti introdotto nel codice civile una serie di disposizioni, in base alle quali i soci avranno la facoltà di adottare, in alternativa al sistema tradizionale, due sistemi di amministrazione e controllo integralmente nuovi: quello "dualistico" e quello "monastico".

Il sistema dualistico vede la presenza di tre organi sociali: l'assemblea, il Consiglio di Gestione ed il Consiglio di Sorveglianza.

La ripartizione delle funzioni tra questi Organi è del tutto nuova rispetto alla tradizionale divisione delle competenze tra Assemblea, Consiglio di Amministrazione e Collegio Sindacale.

Nelle società che adotteranno il sistema "dualistico" - anzitutto - l'assemblea vede diminuito, rispetto a quanto è previsto dalla regola

tradizionale, il proprio ruolo di controllo nei confronti dell'amministrazione della società.

L'assemblea, infatti, ha le limitate funzioni di:

- a) nominare e revocare i membri del Consiglio di Sorveglianza (determinando il compenso dei medesimi);
- b) deliberare la distribuzione degli utili;
- c) deliberare sulla responsabilità dei consiglieri di sorveglianza;
- d) deliberare sulla nomina del revisore contabile;
- e) deliberare sulle modificazioni dello statuto sociale.

La riunione dei soci non avrà pertanto più le importanti funzioni di approvazione del bilancio, deliberazione sulla nomina degli amministratori e sulla responsabilità di costoro, "approvazione" degli atti degli amministratori.

Tra l'assemblea e gli amministratori si colloca un nuovo organo, sinora del tutto sconosciuto all'ordinamento italiano, ossia il Consiglio di Sorveglianza.

Il Consiglio di sorveglianza nella versione italiana non ha l'ampiezza di compiti propri dell'omonimo organo nel sistema olandese ed in quello tedesco.

Il nuovo organo italiano ha in ogni caso importanti funzioni, in qualche modo intermedie fra quelle che la regola tradizionale attribuisce all'assemblea dei soci e quelle che - invece - questa regola attribuisce al Collegio Sindacale.

Le funzioni attribuite dalla legge al Consiglio di Sorveglianza sono infatti le seguenti:

- a) nomina dei componenti del Consiglio di gestione (ossia degli amministratori, fatti salvi i primi, nominati con l'atto costitutivo e quelli la cui nomina sia statutariamente riservata ai portatori di strumenti finanziari "partecipativi");
- b) revoca dei componenti del Consiglio di gestione e determinazione del compenso dei medesimi;
- c) approvazione del bilancio di esercizio;
- d) promozione dell'azione di responsabilità nei confronti dei componenti del Consiglio di gestione.

Nella nuova disciplina una serie di regole presidia l'indipendenza del Consiglio di Sorveglianza. Infatti:

- a) i membri del Consiglio di gestione non possono far parte di quello di sorveglianza;
- b) il mandato dei consiglieri di sorveglianza non può avere durata inferiore ai tre anni (mentre i consiglieri di gestione possono anche essere nominati per un periodo inferiore);
- c) non possono far parte del consiglio di sorveglianza stretti parenti e coniugi degli amministratori e coloro che prestino continuativamente ed a titolo oneroso la propria opera in favore della società e delle controllate.

Il sistema monistico, di stampo anglosassone vede l'amministrazione affidata al Consiglio d'Amministrazione nominato dall'Assemblea come nel sistema ordinario attuale.

Il controllo di legalità è affidato a un Comitato per il controllo della gestione composto da amministratori, privi di particolari incarichi, che rispettino i requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza previsti per i sindaci.

Il Comitato è nominato dal Consiglio d'Amministrazione e solo due membri di esso devono essere iscritti all'Albo dei revisori.

Anche in tale modello, per il controllo contabile ci si affida ad un Revisore esterno o ad una Società di Revisione.

In questo sistema l'assemblea mantiene competenze pressoché identiche a quelle proprie del sistema tradizionale e – pertanto – anche il potere di approvare il bilancio e di deliberare l'azione di responsabilità contro gli amministratori.

2.3.6. La convenienza dei nuovi sistemi di amministrazione e controllo

L'introduzione dei nuovi sistemi di amministrazione e controllo porrà alle imprese il problema della valutazione dei costi e delle opportunità legati ai medesimi.

Qualche riflessione può essere oggi fatta per il sistema dualistico, per rispondere al seguente interrogativo: quale può essere la convenienza dell'adozione di un sistema apparentemente piuttosto complesso e costoso, che obbliga la società a valersi della collaborazione di almeno due consiglieri di gestione e di almeno tre consiglieri di sorveglianza e che impone l'affidamento del controllo contabile ad un revisore ovvero ad una società di revisione?

Il sistema di amministrazione dualistico non ha in effetti avuto una grande fortuna in Francia, dato che secondo recenti ricerche a fine anni '90 solo il 2% circa delle società per azioni lo aveva adottato (anche se - significativamente - la percentuale saliva al 20% nelle società di dimensione internazionale).

L'adozione del sistema dualistico potrebbe in effetti in alcuni casi rivelarsi utile al perseguimento di opportune scelte di *corporate governance*.

Questo sistema può risultare particolarmente conveniente, ad esempio, in presenza di una forte conflittualità tra soci, dove potrebbe essere opportuno rimettere le delicate scelte sull'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori effettivi e sull'approvazione del bilancio ad un organo sociale diverso dall'assemblea, nel quale è obbligatoriamente presente almeno un soggetto dotato di particolare qualificazione professionale (ossia l'iscrizione al registro dei revisori contabili).

L'adozione del sistema dualistico - ancora - potrebbe rivelarsi utile nei casi in cui i soci - come già avviene in Germania - intendano perseguire il coinvolgimento nella gestione degli affari societari di soggetti interessati dall'attività di impresa pur non possedendo partecipazioni nella medesima, ossia di quelli che nel dibattito anglosassone sulla *corporate governance* si definiscono "*stakeholders*" (rappresentanti dei lavoratori, esponenti delle comunità locali e del mondo associativo).

2.4 Il finanziamento della nuova s.p.a.: azioni, obbligazioni e nuovi strumenti finanziari

Le principali novità:

- ⇒ Possibilità di emissione di nuovi strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o di partecipazione, con esclusione del diritto di voto nell'assemblea generale degli azionisti;
- ⇒ Possibilità per l'assemblea straordinaria di assegnare ai dipendenti della società o di società controllate strumenti finanziari che attribuiscono particolari diritti patrimoniali o di partecipazione, con esclusione del diritto di voto nell'assemblea generale degli azionisti, ovvero con diritto di voto su argomenti particolari (ad esempio nomina di un componente indipendente del C.d.A. o del C.d.s. o di un sindaco);
- ⇒ Possibilità di differenziare e graduare i diritti patrimoniali ed amministrativi connessi alle azioni.

2.4.1. Premessa

La disciplina societaria disegnata dal codice civile del 1942 conteneva un'articolata serie di norme dedicata ai mezzi di finanziamento della società.

Queste norme, che riflettevano la prassi dell'epoca di formazione del codice civile, distinguevano nettamente e rigidamente tra due strumenti di finanziamento: le azioni, rappresentative di una partecipazione al rischio d'impresa e le obbligazioni rappresentative di un credito verso la società.

Le esigenze di finanziamento dell'attività economica hanno indotto le imprese e lo stesso legislatore a tentare il superamento di questa disciplina, rivelatasi nel tempo eccessivamente rigida.

La legge ha anzitutto consentito la creazione di strumenti finanziari di tipo misto, come le obbligazioni convertibili in azioni e, nelle società quotate, le azioni di risparmio.

La prassi degli affari ha poi portato alla creazione di strumenti finanziari atipici, a volte assimilabili ad un'obbligazione a volte implicanti, come le azioni, una certa partecipazione al rischio d'impresa.

Sul versante dello strumento partecipativo si ricordano:

- le azioni privilegiate;
- le azioni privilegiate con voto limitato;
- le azioni a rendimento “quasi garantito”.

Sul versante del titolo di debito si ricordano i tanti nuovi strumenti che sono germogliati dal concetto di obbligazione delineato dal codice civile, come

- le obbligazioni indicizzate agli indici di borsa;
- le obbligazioni con rendimento legato agli utili della società emittente;
- le obbligazioni c.d. subordinate;
- le obbligazioni c.d. irredimibili.

Nonostante queste novità del legislatore e della prassi il nostro ordinamento è sinora sostanzialmente rimasto vincolato alla tradizionale distinzione tra azioni ed obbligazioni, senza conoscere i tanti titoli “ibridi” in uso negli altri Paesi industrializzati.

Il legislatore, nello scrivere la riforma, ha avvertito lo svantaggio che dalla situazione descritta poteva derivare per il sistema economico italiano ed ha quindi ritenuto opportuno dotare anche le nostre società della possibilità di costruire senza vincoli la propria struttura finanziaria, scegliendo gli strumenti di raccolta del denaro più adatti alle diverse situazioni concrete: nel nuovo sistema è consentita una più ampia diversificazione dei diritti connessi alle azioni; vengono espressamente menzionate nuove categorie di titoli; sono previsti nuovi strumenti finanziari partecipativi forniti di diritti patrimoniali e amministrativi liberamente definiti dallo statuto; il ricorso alla raccolta obbligazionaria viene permesso entro limiti più ampi o, per le società quotate, senza alcun limite; la disciplina sui patrimoni dedicati consente di isolare una parte del patrimonio o dei proventi della società e di calibrare su questi le pretese creditorie.

2.4.2 La nuova disciplina delle azioni

La riforma ripete il tradizionale principio per cui *“le azioni devono essere di uguale valore e conferiscono ai loro possessori uguali diritti”*, ma consente la creazione di *“categorie di azioni fornite di diritti diversi”* in termini più ampi rispetto al sistema tradizionale.

Anzitutto, viene precisato che i diversi diritti possono riguardare *“l’incidenza delle perdite”*, con ciò ammettendosi la creazione di azioni *“postergate”* (della cui validità si è in passato dubitato): si tratta di azioni privilegiate per intero nel rimborso del capitale allo scioglimento della società, le quali *“nel caso di riduzione parziale o totale del capitale sociale, ne subiscono gli effetti solo dopo che siano state integralmente annullate le azioni ordinarie”*.

La nuova legge prevede poi, in relazione alle speciali categorie di azioni, che *“la società, nei limiti imposti dalla legge, può liberamente determinare il contenuto delle azioni delle varie categorie”*: ciò significa che lo Statuto potrà liberamente conformare il contenuto delle azioni, entro i limiti posti dalla legge (che vieta ad esempio l’emissione di azioni a voto plurimo).

Anche la disciplina del voto è rimessa all’autonomia privata.

Lo statuto può pertanto prevedere la creazione di azioni senza diritto di voto (il che era finora possibile solo per le società quotate sotto forma di azioni di risparmio), o di azioni con diritto di voto limitato e determinati argomenti.

La riforma prevede infine la categoria delle *“azioni correlate”*, termine che traduce l’inglese *tracking stocks*.

Si tratta di azioni fornite di diritti patrimoniali correlati ai risultati dell’attività sociale in un determinato settore, per le quali *“lo statuto stabilisce i criteri di individuazione dei costi e ricavi imputabili al settore”*.

2.4.3 La nuova disciplina delle obbligazioni

Anche la materia dei prestiti obbligazionari ha formato oggetto di deregolazione nella riforma. Anzitutto, se la legge o lo statuto non dispongono diversamente, l'emissione di obbligazioni potrà essere deliberata dagli amministratori, senza ricorso all'assemblea.

Inoltre, viene enunciata la possibilità, peraltro pacifica già oggi, di emettere prestiti subordinati.

I limiti all'emissione di obbligazioni (e di altri strumenti finanziari sottoposti alla medesima disciplina) sono elevati dalla riforma a livelli superiori rispetto a quelli oggi vigenti.

La società può emettere obbligazioni *“per somma complessivamente non eccedente il doppio del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio approvato”*.

Questo limite può peraltro essere superato *“se le obbligazioni emesse in eccedenza sono destinate alla sottoscrizione da parte di investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciali”*.

Del pari, viene ammessa la possibilità di emettere obbligazioni *“indicizzate”*, per le quali *“i tempi e l'entità del pagamento degli interessi”* varino *“in dipendenza di parametri oggettivi anche relativi all'andamento economico della società”*.

La nuova legge precisa, infine, che sono sottoposti alla disciplina dei prestiti obbligazionari gli *“strumenti finanziari, comunque denominati, che condizionano i tempi e l'entità del rimborso del capitale all'andamento economico della società”*.

Questa disposizione allarga l'ambito della disciplina in esame oltre la figura del prestito obbligazionario, coprendo strumenti che riflettono rapporti diversi dal mutuo e si configurano come *“ibridi”*, a metà strada tra l'azione e l'obbligazione.

2.4.4 I nuovi strumenti finanziari delle s.p.a.

La riforma attribuisce alle s.p.a. la facoltà di emettere “strumenti finanziari” diversi dalle azioni e dalle obbligazioni e dotati di diritti patrimoniali e amministrativi, a fronte di apporti di opera e di servizi.

I diritti attribuiti a questi strumenti possono avere natura di interessi o consistere in una partecipazione agli utili o in un diritto di restituzione del capitale o di eccedenze patrimoniali sia durante la vita della società, sia alla sua liquidazione: tali diritti possono peraltro essere costituiti da qualsiasi altra forma di remunerazione, garantita o aleatoria, dell’investimento o comunque di “ritorno” economico dell’apporto effettuato a favore della società.

I diritti amministrativi, oltre che coincidenti con le facoltà di controllo spettanti all’associato in partecipazione, possono includere il diritto di voto su argomenti specificamente indicati, tra i quali la nomina di un componente indipendente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza o di un sindaco.

In ogni caso, le deliberazioni dell’assemblea degli azionisti che pregiudichino i diritti amministrativi dei portatori di strumenti finanziari debbono essere approvate dalla loro assemblea speciale.

2.4.5 I patrimoni dedicati nella nuova s.p.a.

La riforma introduce nell’ordinamento societario la possibilità di creare all’interno della struttura finanziaria delle società azionarie patrimoni destinati ad uno specifico affare, giuridicamente separati dai residui beni sociali, che restano insensibili alle obbligazioni contratte per tale affare.

La legge prevede due diverse possibilità:

- 1) Costituzione di uno o più patrimoni ciascuno destinato in via esclusiva ad uno specifico affare;
- 2) Inserimento nel contratto di finanziamento di una specifica operazione della previsione che il rimborso dello stesso sia dato dai proventi dell’affare o da una loro parte.

La prima ipotesi ha in sostanza la stessa funzione economica della costituzione di una nuova società con il risparmio delle spese relative alla costituzione, al mantenimento ed alla estinzione della medesima. Proprio per questo la procedura richiesta per attuare una simile separazione presenta tratti simili a quella per costituzione di una nuova società: è necessaria una delibera costitutiva dalla quale siano ben specificati e descritti, l'affare al quale è destinato il patrimonio, i beni ricompresi nel patrimonio, le regole per la rendicontazione dell'affare ecc. È altresì richiesta una speciale pubblicità e vi sono specifiche regole per la tutela dei creditori preesistenti alla separazione.

E' importante infine sottolineare che è necessaria la contabilizzazione separata del patrimonio e la sua indicazione in bilancio.

La seconda tipologia di separazione patrimoniale prevede che la società acceda ad un finanziamento il cui rimborso sia legato principalmente dall'esito dell'affare specifico cui è destinato il patrimonio separato.

Il contratto deve contenere gli elementi essenziali dell'operazione, ed in particolare il piano dell'operazione, le garanzie della società per la realizzazione dell'affare, le eventuali garanzie che la società presta per il rimborso di parte del finanziamento.

In questo caso la separazione patrimoniale è intesa esclusivamente a livello dei proventi e si può configurare un patrimonio separato solo se copia del contratto è depositato presso l'ufficio del registro delle imprese e se la società adotta metodi di contabilizzazione idonei ad individuare in ogni momento i proventi dell'affare tenendoli separati dal restante patrimonio.

Ai terzi creditori della società sino al rimborso del finanziamento è consentito, sui beni strumentali destinati alla realizzazione dell'affare, di compiere solo azioni conservative.

In entrambi i casi il valore massimo complessivo dei patrimoni dedicati non può superare il 10% del patrimonio netto della società.

3 IL NUOVO VOLTO DELLE SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA

3.1 Premessa

I PRINCIPI GENERALI DELLA RIFORMA DELLE S.R.L.

- ✓ autonomo ed organico complesso di norme;
- ✓ rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci;
- ✓ ampia autonomia statutaria;
- ✓ libertà di forme organizzative, nel rispetto del principio di certezza nei rapporti con i terzi.
- ✓ acquisizione di ogni elemento utile per il proficuo svolgimento dell'impresa sociale, a condizione che sia garantita l'effettiva formazione del capitale sociale;
- ✓ rispetto del principio di certezza nei rapporti con i terzi;
- ✓ tutela dei creditori sociali;
- ✓ regolazione della distribuzione delle partecipazioni e dei diritti sociali sulla base di scelte contrattuali;
- ✓ semplificazione delle procedure di valutazione dei conferimenti in natura, nel rispetto del principio di certezza del valore a tutela dei terzi;
- ✓ emissione e collocamento di titoli di debito presso operatori qualificati;
- ✓ divieto di appello al pubblico risparmio.

Con la riforma del 2003 il modello della società a responsabilità limitata è per la prima volta disciplinato nel nostro ordinamento in modo autonomo, con una apposita disciplina nella quale i limitati e puntuali rinvii a soluzioni normative previste per la società per azioni svolgono un ruolo tutto sommato marginale.

Ne discende che oggi in Italia (così come anche in altri ordinamenti: e si confrontino come esempi particolarmente rilevanti, oltre alla GmbH tedesca, la *Limited Liability Company* dei vari diritti societari statunitensi, la *Limited Liability Partnership* inglese e la *Societade Limitada* brasiliana) la società a responsabilità limitata costituisce un modello legale effettivamente autonomo ed intermedio tra quelli di persone e quelli azionari (società per azioni e in accomandita per azioni).

Ne dovrebbe ulteriormente conseguire un più accentuato ricorso a questo modello per organizzare in forma di società le tante attività di impresa di dimensione medie o piccole che connotano profondamente il panorama economico e sociale del nostro Paese, e ciò a scapito tanto del modello azionario, comunque più rigido e oneroso, quanto di quello delle società di persone (che non offre il beneficio della responsabilità limitata).

La disciplina della nuova s.r.l. è caratterizzata dal riconoscimento ai redattori degli statuti sociali di un notevolissimo spazio di autonomia e dall'esaltazione della rilevanza delle persone dei soci, con il solo limite del divieto di ricorso diretto al mercato dei capitali di rischio.

Nella formazione degli statuti delle s.r.l. e nella modificazione dei medesimi sarà, infatti, possibile scegliere tra i diversi modelli organizzativi che le convenienze del momento potranno suggerire: la s.r.l. potrà essere modellata sulla struttura propria delle s.p.a. o – al contrario – essere disciplinata in modo tale da non presentare significative differenze strutturali rispetto ad una società di persone.

Nella nuova s.r.l. accanto all'ampliamento dell'autonomia statutaria si pone, come necessario contrappeso, la concessione ai soci non amministratori di ampi diritti di controllo sull'amministrazione e di facoltà di recesso più ampie di quanto non accada nelle s.p.a..

La nuova s.r.l. (che – come la s.p.a. – potrà essere costituita fin dall'inizio da un unico socio) potrà essere utilizzata come strumento di organizzazione, in regime di limitazione di responsabilità, di qualsiasi attività di impresa che non faccia appello al pubblico risparmio.

L'accresciuta libertà statutaria consente infatti di porre in essere, attraverso la costituzione di una s.r.l., assetti di interessi tra i soci che sino ad oggi si potevano realizzare solo tramite le società di persone, ovvero di utilizzare la s.r.l. come strumento dell'attività economica di grandi gruppi imprenditoriali o ancora come mezzo di esercizio di una *joint venture*.

3.2 *La costituzione della nuova s.r.l. ed i conferimenti*

Nel nuovo sistema il legislatore ha confermato per le s.r.l. l'obbligo di una dotazione di capitale particolarmente ridotta (10.000 Euro), salve le elevazioni previste dalle leggi speciali relative all'esercizio di particolari attività ed ha poi dettato in tema di capitale sociale una disciplina radicalmente diversa da quella prevista per le s.p.a..

La principale novità è data dal fatto che possono essere conferiti a formare il capitale sociale tutti gli elementi dell'attivo "susceptibili di valutazione economica" e pertanto ogni fattore che sia utile per il proficuo svolgimento dell'impresa sociale, ancorché non suscettibile di garantire direttamente la soddisfazione delle pretese dei creditori sociali.

Ciò significa che nella s.r.l., a differenza di quanto avviene per le s.p.a. (per le quali tuttora il capitale sociale può essere formato solo con apporti in denaro, in crediti od in natura), possono oggi essere conferite a formare il capitale sociale anche le prestazioni lavorative o di servizi dei soci, come sinora consentito per le sole società personali.

L'esecuzione delle suddette prestazioni, peraltro, dovrà essere garantita per l'intero valore ad esse assegnato mediante polizza di assicurazione o fideiussione bancaria, che, qualora l'atto costitutivo lo preveda, potranno essere sostituite dal socio con il versamento a titolo di cauzione del corrispondente importo in denaro presso la società.

Nel nuovo sistema potranno quindi verificarsi situazioni prima impensabili, come quella del socio di maggioranza di una s.r.l. che conferisca unicamente la propria prestazione professionale di artigiano

o di artista, svolgendo in forma imprenditoriale (e con il beneficio della responsabilità limitata) la stessa attività che prima svolgeva in forma individuale.

Potranno inoltre ora conferirsi diritti reali, diritti di godimento, diritti reali di garanzia, diritti su beni immateriali, *know how*.

Anche per quanto riguarda i tradizionali conferimenti in denaro si registrano nella nuova s.r.l. delle novità.

La nuova disciplina prevede che al momento della sottoscrizione della partecipazione sociale venga versato presso una banca almeno il 25% (non più il 30%) dei conferimenti in denaro (al minimo 2500 euro): questo versamento può essere inoltre sostituito con la stipula, per un importo almeno corrispondente, di una polizza di assicurazione o di una fideiussione bancaria con le caratteristiche determinate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, sostituibile con “*il versamento del corrispondente importo in danaro*” che potrà per esempio essere effettuato conferendo a capitale gli utili distribuiti ai soci.

Regola base della società è la proporzionalità tra partecipazione sociale e diritti spettanti al socio, così che, se l’atto costitutivo non dispone diversamente, le partecipazioni dei soci sono determinate in misura proporzionale al conferimento.

Questa regola è di tipo dispositivo e può essere ampiamente derogata dall’autonomia statutaria perché a singoli soci l’atto costitutivo può attribuire particolari diritti riguardanti l’amministrazione della società oppure la distribuzione degli utili.

I diritti così attribuiti possono essere modificati soltanto con il consenso di tutti i soci, se lo statuto non dispone in modo diverso.

I conferimenti nel sistema societario

<i>S.P.A.</i> <i>(art. 2342 c.c.)</i>	<i>S.R.L.</i> <i>(art. 2464 c.c.)</i>
Denaro	Denaro
Crediti e beni in natura oggetto di valutazione peritale sottoposta a revisione da parte degli amministratori	Crediti e beni in natura oggetto di valutazione peritale
	Altri “elementi dell’attivo suscettibili di valutazione economica”
	Conferimento di prestazioni d’opera o di servizi accompagnato da polizza fideiussoria o fideiussione bancaria

3.3 *I finanziamenti dei soci nella s.r.l. sottocapitalizzata*

La riforma societaria ha dettato norme innovative destinate a regolare un fenomeno molto discusso in Italia dagli studiosi del diritto dell’economia: si tratta del fenomeno della s.r.l. “sottocapitalizzata”.

Nelle società di piccole dimensioni è accaduto spesso nel nostro Paese che i soci preferissero effettuare la dotazione delle risorse finanziarie necessaria all’attività sociale non con il conferimento di denaro a capitale, bensì attraverso la concessione di finanziamenti alla società, in maniera tale da poter sperare nella restituzione di questi finanziamenti nonostante le condizioni di dissesto delle società.

Questo fenomeno ha dato luogo a diverse importanti sentenze che hanno “riqualificato” come conferimento a capitale di rischio quelli che, in effetti, erano stati identificati dai soci come finanziamento alla società.

Il nuovo art. 2467 del codice civile è dedicato ad un particolare tipo di finanziamenti alla società, ossia quelli concessi dai soci in un momento in cui risulti un eccessivo squilibrio dell'indebitamento della società rispetto al patrimonio netto o in un momento in cui sarebbe stato "ragionevole" un conferimento (le valutazioni riguardanti lo squilibrio tra indebitamento e patrimonio netto ed alla "ragionevolezza" del conferimento dovranno essere effettuate dal Giudice avendo mente al tipo di attività esercitata dalla società).

Per effetto di quanto dispone la nuova disciplina, la restituzione di questi finanziamenti è postergata rispetto a quella di qualsiasi altro debito della società ed i finanziamenti medesimi - se rimborsati nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento della società - sono soggetti ad un singolare nuovo tipo di revocatoria, nel senso che debbono essere restituiti senza però che sia necessario al curatore fallimentare provare la conoscenza dello stato di insolvenza da parte dei soci.

La disciplina del nuovo articolo 2467 del codice civile merita di essere apprezzata in quanto utile a risolvere la situazione di evidente inefficienza per il sistema economico derivante dall'esistenza di organismi societari non dotati di risorse sufficienti allo svolgimento della propria attività d'intrapresa.

La disciplina in questione suscita peraltro alcune importanti notazioni critiche.

La prima perplessità deriva dalla considerazione che è singolare questo sfavore contro i finanziamenti dei soci in un sistema nel quale si favorisce la s.r.l. unipersonale e nel quale al contempo si liberalizzano le utilità conferibili.

Sempre in senso critico va poi osservato che i criteri legali per l'individuazione dei finanziamenti destinati alla postergazione ed alla revocatoria appaiono quantomeno vaghi: concetti come "ragionevolezza del conferimento" e "squilibrio" paiono suscettibili di dar luogo a palestre di dibattito che riempiranno molte pagine degli atti giudiziari soprattutto nelle liti che opporranno i curatori

fallimentari ai soci che poco prima del fallimento avranno provveduto ad ottenere il rimborso dei finanziamenti.

A quanto sopra si aggiunge che la legge nulla prevede a proposito di un'ipotesi tutt'altro che teorica, ossia il caso in cui nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento ci siano state continue erogazioni e restituzioni di denaro dai soci alla società.

3.4 L'emissione di titoli di debito

La riforma societaria è caratterizzata dalla volontà di accrescere la tipologia degli strumenti di finanziamento a disposizione delle società di capitali per lo svolgimento della propria attività d'impresa.

In questa prospettiva il legislatore, pur mantenendo il tradizionale divieto di appello al pubblico risparmio, ha previsto per la società a responsabilità limitata un nuovo strumento utile per il reperimento di risorse attraverso un canale alternativo a quelli tradizionali dell'apporto dei soci e dell'affidamento bancario.

Si tratta dei "titoli di debito" disciplinati in maniera tale da contemperare l'esigenza dell'apertura delle s.r.l. al mercato del capitale di credito con quella della necessaria tutela dei risparmiatori.

In questa prospettiva i titoli di debito della s.r.l. possono essere sottoscritti esclusivamente da «investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale» (ossia le aziende di credito e gli altri intermediari finanziari), i quali, ove successivamente facciano circolare tali titoli immettendoli nel mercato secondario, rispondono *ex lege* per la solvenza della società: in questo modo gli investitori qualificati sono chiamati a dare una valutazione del merito creditizio della società emittente, assumendosi di conseguenza la correlativa responsabilità.

L'emissione di titoli di debito è riservata peraltro alle s.r.l. il cui Statuto preveda tale facoltà: spetta allo Statuto anche l'attribuzione agli amministratori (ovvero ai soci) della competenza a deliberare tale emissione.

3.5 Amministrazione e controllo nella nuova s.r.l.

Le disposizioni del codice civile del 1942 prevedevano una precisa suddivisione delle competenze tra assemblea dei soci ed amministratori delle s.r.l.

Gli amministratori erano incaricati della gestione della società in vista del raggiungimento dell'oggetto sociale, mentre l'Assemblea dei soci aveva potere decisorio solo sulle specifiche questioni previste dalla legge, come la nomina dei componenti degli organi sociali, l'approvazione del bilancio o le modifiche allo statuto sociale.

La riforma ha portato su questo tema una grandissima innovazione: la suddivisione dei compiti fra soci ed amministratori è infatti oggi in larga misura demandata all'autonomia statutaria.

COMPETENZE MINIME DEI SOCI DELLA S.R.L. DOPO LA RIFORMA:

- approvazione del bilancio;
- distribuzione degli utili;
- nomina degli amministratori (se prevista nell'atto costitutivo);
- nomina dei sindaci e del Presidente del Collegio sindacale o del revisore;
- modifiche dell'atto costitutivo;
- decisioni di effettuare operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci: l'aumento di Capitale tuttavia, se l'atto costitutivo lo prevede e i soci ne fanno delega, può essere deliberato dall'organo amministrativo;
- argomenti sottoposti alla approvazione dei soci:
 - da uno o più amministratori;
 - da tanti soci che rappresentino almeno un terzo del Capitale sociale.

Salva questa competenza minima inderogabile dei soci, nella nuova s.r.l si potrà adottare l'attuale modello di *governance*, che vede attribuite ai soci solo limitate decisioni e gli amministratori investiti del potere esclusivo di attuare l'oggetto sociale.

Gli Statuti sociali potranno peraltro prevedere l'adozione di un modello di governo dell'impresa completamente diverso, che veda l'attribuzione ai soci medesimi di poteri più o meno ampi di intervento diretto nella gestione degli affari sociali, fino alla sostanziale eliminazione della stessa struttura del Consiglio di Amministrazione ed all'adozione del sistema gestionale in uso nelle società di persone, che consiste nell'attribuzione diretta di poteri gestori ai soci in via tra loro congiunta oppure disgiuntiva.

Quando in ogni caso l'amministrazione sia affidata a più persone l'atto costitutivo può prevedere, in luogo del tradizionale metodo collegiale di assunzione delle decisioni, l'assunzione delle determinazioni mediante consultazione scritta o raccolta per iscritto dei consensi ovvero addirittura l'uso del metodo di amministrazione semplificato "congiuntivo" o "disgiuntivo" proprio delle società di persone, con il solo limite della riserva di decisione collegiale sulle questioni di maggiore importanza (redazione del progetto di Bilancio e dei progetti di fusione o scissione nonché decisioni di aumento del capitale sociale delegate agli amministratori).

**SISTEMA DEI CONTROLLI SULLA S.R.L.
IN BASE ALLA NUOVA RIFORMA:**

- a) i singoli soci possono reagire ad eventuali atti di cattiva gestione promuovendo azione di responsabilità contro gli amministratori;
- b) viene eliminata la responsabilità degli amministratori di s.r.l. nei confronti dei creditori sociali (che permane invece per le s.p.a.);
- c) nell'ambito dei controlli interni è stata mantenuta l'obbligatorietà della nomina di un Collegio Sindacale quando la società:
 - abbia un Capitale sociale superiore a 120.000 euro (che rappresenta la nuova soglia prevista per il capitale minimo della s.p.a.);
 - superi per due esercizi consecutivi due dei limiti dimensionali previsti dall'art. 2435 bis per la redazione del bilancio di esercizio in forma abbreviata.

(se non ricorrono le circostanze sopra indicate è peraltro sempre possibile – purché ciò sia previsto dall'atto costitutivo – la nomina del Collegio Sindacale o di un revisore contabile).

- d) controllo “interno” di maggiore importanza sistematica è nel nuovo sistema quello esercitato dai soci anche in presenza del Collegio sindacale o del revisore:

↳ ciascun socio che non partecipa all'amministrazione della società, infatti, avrà diritto a ricevere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e a consultare, anche tramite professionisti di fiducia, i libri sociali e i documenti relativi all'amministrazione.

3.6 Le decisioni dei soci nella nuova s.r.l.

La disciplina del codice civile del 1942 imponeva nelle s.r.l. lo svolgimento della complessa procedura assembleare per l'assunzione delle decisioni demandate ai soci, con conseguente appesantimento dei processi decisionali di un'organizzazione societaria spesso finalizzata all'esercizio di imprese di piccolissime dimensioni.

La nuova normativa, nell'intento di dotare la s.r.l. di una struttura flessibile e di valorizzare al massimo l'autonomia statutaria, concede ai redattori degli statuti la facoltà di derogare quasi integralmente al tradizionale principio collegiale assembleare che imponeva la ponderazione e la discussione delle decisioni demandate ai soci in una conferenza personale dei medesimi.

Sulla base del nuovo testo del codice civile è infatti possibile l'adozione di molte delle decisioni riservate ai soci sulle base di sistemi alternativi più flessibili consistenti nella consultazione scritta dei soci ovvero nella raccolta dei loro consensi manifestati per iscritto.

In sostanza, in molti casi sarà la società (nelle persone di uno o più soci) che si incaricherà di redigere una proposta di deliberazione (consultazione scritta) e, in calce ad essa, di raccogliere le firme dei soci, oppure saranno i soci stessi che, senza bisogno di consultazione, redigeranno per iscritto e sottoscriveranno una dichiarazione di volontà (consenso espresso per iscritto).

In entrambi i casi, dai documenti sottoscritti dai soci dovranno risultare con chiarezza l'argomento oggetto della decisione e il consenso alla stessa.

IPOTESI DI OBBLIGATORIETÀ DELL'ASSEMBLEA:

1. quando l'atto costitutivo non prevede la possibilità che si prendano decisioni al di fuori del contesto collegiale;
2. se la convocazione dell'Assemblea è richiesta da uno o più amministratori, o da un numero di soci che rappresenti almeno un terzo del Capitale sociale (art. 2479);
3. quando si intende modificare l'atto costitutivo (art. 2480);
4. nei casi in cui le deliberazioni riguardano operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci.

Possono pertanto essere sottratte al consenso assembleare le decisioni in materia di approvazione del bilancio e destinazione degli

utili, oltre che la nomina degli amministratori, dei sindaci e del presidente del Collegio sindacale o del revisore.

In assemblea o nella consultazione scritta il voto di ciascun socio è – come nel sistema disegnato dal codice civile - proporzionale alla quota di partecipazione.

L'Assemblea è validamente costituita con la presenza di un numero di soci che rappresenti almeno la metà del Capitale sociale.

In merito alla rappresentanza in assemblea, se l'atto costitutivo non dispone diversamente al socio è riconosciuta la facoltà di farsi rappresentare.

Una delle principali novità relative alla nuova s.r.l. consiste nel fatto che non è più prevista l'Assemblea straordinaria, che pertanto è da ritenersi abolita.

Ciò comporterà per numerosi statuti la necessità di definire nuove regole di voto in sede assembleare.

Le modalità di convocazione dell'Assemblea dei soci sono rimesse all'atto costitutivo (art. 2479 bis), ma devono essere tali da assicurare la tempestiva informazione sugli argomenti da trattare.

È pertanto possibile l'utilizzo di telegramma, fax, posta elettronica, messaggi sms e, in generale, di tutti i sistemi che consentono di ottenere la conferma dell'avvenuta ricezione.

METODO DI ASSUNZIONE DELLE DECISIONI

ASSEMBLEA



Il metodo assembleare è inderogabile solo per:

Modificaz. atto costitutivo
Sostanz. modifica oggetto sociale o diritti dei soci
Se l'atto costitutivo non prevede altro metodo
Se lo richiedono gli amministratori o i soci per 1/3 del capitale

CON CONSULTAZIONE SCRITTA O SULLA BASE DI CONSENSO ESPRESSO PER ISCRITTO (purché sia favorevole almeno $\frac{1}{2}$ del capitale sociale)



Deve esservi espressa previsione nell'atto costitutivo e in questo caso dai documenti sottoscritti dai soci deve risultare:

- l'argomento oggetto di decisione;
- il consenso alla stessa.

4 LE NOVITÀ COMUNI A S.P.A. ED S.R.L.

4.1 Il recesso del socio istituto fondamentale del nuovo diritto societario

Il diritto societario del nostro Paese conosce da tempo l'istituto del recesso del socio, ossia dello scioglimento del rapporto sociale rispetto ad un socio per determinazione unilaterale del medesimo.

La disciplina contenuta nel codice civile del 1942, tuttavia, circondava il recesso di particolari cautele, limitando tale facoltà a poche – eccezionali – ipotesi e stabilendo criteri per la liquidazione della partecipazione del socio recedente sfavorevoli al medesimo, al fine di tutelare l'integrità della struttura finanziaria della società.

Il nuovo diritto societario attua un radicale rovesciamento di prospettiva e pertanto rafforza l'istituto del diritto di recesso sia nelle s.p.a. che (in maggiore misura) nelle s.r.l..

Questa scelta legislativa appare ispirata all'intento di favorire la risoluzione dei conflitti tra i soci attraverso il recesso ed in ogni caso alla volontà di consentire ai soci medesimi lo scioglimento del rapporto con la società tutte le volte in cui si verificano circostanze tali da modificare le prospettive di redditività dell'impresa sociale o il concreto contenuto dei diritti connessi alla partecipazione sociale.

4.2 Il recesso del socio della nuova s.p.a.

Il diritto di recesso spetta in ogni caso ai soci delle s.p.a. nelle seguenti ipotesi:

IPOTESI INDEROGABILI DI RECESSO

- modifica dell'oggetto sociale che determini un cambiamento significativo dell'attività della società;
- trasformazione della società;
- trasferimento della sede all'estero;
- revoca dello stato di liquidazione;
- eliminazione di una o più cause di recesso previste dallo Statuto;
- modifica dei criteri statuari di determinazione del valore dell'azione in caso di recesso;
- modificazioni delle clausole statutarie concernenti i diritti di voto e di partecipazione.

Lo statuto sociale, peraltro, può prevedere ulteriori ipotesi di recesso, mentre in ogni caso, a meno che lo statuto medesimo non stabilisca direttamente, il diritto di recesso spetta ai soci nelle ipotesi seguenti.

CASI IN CUI IL DIRITTO DI RECESSO COMPETE AI SOCI SALVA DIVERSA DISPOSIZIONE STATUTARIA

- ✓ proroga del termine di durata della società;
- ✓ introduzione o rimozione di vincoli alla circolazione dei titoli azionari.

Vanno poi ricordati i seguenti

CASI ULTERIORI DI RECESSO

- ✓ Caso in cui l'atto costitutivo non prevede un termine di durata per la società;
- ✓ Caso in cui l'atto costitutivo attribuisca ai soci ulteriori facoltà di recesso;
- ✓ Casi previsti dalla disciplina in tema di direzione e coordinamento di società;
- ✓ Casi in cui sia approvata una deliberazione che determini la dequotazione di azioni già quotate.

Il recesso deve essere esercitato mediante raccomandata spedita alla società entro quindici giorni dall'iscrizione nel Registro delle Imprese della deliberazione che lo legittima, ovvero, se si tratta di condizione diversa da una deliberazione, entro quindici giorni dalla conoscenza della medesima.

La partecipazione del socio che ha esercitato il diritto di recesso deve essere rimborsata.

Il valore delle azioni è determinato dagli amministratori, sentito il parere del collegio sindacale e del soggetto incaricato della revisione contabile, tenuto conto della consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali, nonché dell'eventuale valore di mercato delle azioni.

Il valore di liquidazione delle azioni quotate su mercati regolamentati è determinato facendo esclusivo riferimento alla media aritmetica dei prezzi di chiusura nei sei mesi che precedono la pubblicazione ovvero ricezione dell'avviso di convocazione dell'assemblea le cui deliberazioni legittimano il recesso.

Lo statuto può stabilire criteri diversi di determinazione del valore di liquidazione, indicando gli elementi dell'attivo e del passivo del bilancio che possono essere rettificati rispetto ai valori risultanti dal

bilancio, unitamente ai criteri di rettifica, nonché altri elementi suscettibili di valutazione patrimoniale da tenere in considerazione.

4.3 *Il recesso del socio della nuova s.r.l.*

Nella disciplina sulle società a responsabilità limitata il recesso è ammesso in misura più ampia di quanto accada nelle società per azioni, anche se la relativa disciplina è molto scarna e difetta soprattutto di qualsiasi indicazione riguardo alle modalità di esercizio di tale facoltà.

Il recesso nelle s.r.l. è anzitutto ammesso negli stessi casi in cui è previsto per le s.p.a., con qualche significativa differenza:

- nelle s.p.a. il recesso è ammesso in presenza di una modifica della clausola dell'oggetto sociale, quando consenta “*un cambiamento significativo dell'attività della società*”, laddove nelle s.r.l. la facoltà di recesso è connessa solo alla presenza di una deliberazione relativa al cambiamento dell'oggetto sociale (il che farebbe pensare che nella s.r.l. il diritto di recesso esiste anche in presenza di un modifica meramente formale della clausola in questione);
- nelle s.p.a. il diritto di recesso è ammesso in presenza del dissenso nei confronti di una modifica statutaria che comporti l'eliminazione di una causa di recesso “facoltativa” o la modifica dei criteri statutari per la determinazione del valore delle azioni in caso di recesso, laddove nelle s.r.l. è previsto solo il caso dell'eliminazione della causa di recesso facoltativa;

Vi sono poi nella s.r.l. delle ipotesi di recesso non previsto per le s.p.a.

Il recesso è anzitutto ammesso in caso di dissenso rispetto a deliberazioni di fusione o scissione, probabilmente alla luce del principio ispiratore della nuova disciplina delle s.r.l., che è quello della centralità delle persone dei soci e dei rapporti contrattuali tra costoro: fusione e scissione, comportando la confluenza dei soci della s.r.l. in una o più diverse strutture organizzative potrebbero

compromettere il carattere della personalità dei rapporti contrattuali che caratterizza le s.r.l.

Il recesso, ancora, è ammesso in presenza di fatti materiali e pertanto anche in assenza di una deliberazione assembleare.

Si tratta del recesso ammesso in occasione del compimento di:

- operazioni che comportano una “sostanziale” modificazione dell’oggetto sociale determinato nell’atto costitutivo, per tali intendendosi le operazioni di ristrutturazione tecnico-produttiva che determinino una modifica “di fatto” del programma aziendale rispetto a quello originariamente condiviso dai soci (assunzione di partecipazione in altre imprese, conferimento o cessione dell’azienda sociale o di un importante ramo della medesima);
- operazioni che comportino una rilevante modificazione dei diritti amministrativi e patrimoniali attribuiti ai soci a norma dell’articolo 2468, quarto comma.

Nella s.r.l., infine, il recesso è ammesso dall’articolo 2469, secondo comma, in presenza di clausole dell’atto costitutivo che vietino la trasferibilità *inter vivos* o *mortis causa* della partecipazione oppure in presenza di clausole di gradimento al trasferimento della partecipazione stessa (inefficaci nelle s.p.a. se non accompagnate dalla previsione statutaria del diritto di recesso o l’obbligo di acquisto a carico degli altri soci).

4.4 La disciplina dell’esercizio del recesso nella nuova s.r.l.

La legge stabilisce che il rimborso della partecipazione del socio recedente debba essere effettuato in proporzione del valore del patrimonio sociale tenendo conto del suo valore di mercato al momento della dichiarazione di recesso.

Per il resto, la disciplina dell’esercizio del recesso nelle s.r.l. è particolarmente lacunosa: manca infatti completamente una regolamentazione della forma della comunicazione dell’esercizio del recesso e - soprattutto - della cruciale questione del termine per l’esercizio del recesso.

Alcuni interpreti propongono in proposito l'applicazione analogica di quanto previsto dalla nuova legge in tema di società per azioni e quindi – soprattutto – del termine decadenziale di trenta giorni dall'iscrizione nel Registro delle Imprese della delibera che legittima il recesso ovvero dalla conoscenza del fatto diverso da una deliberazione che determini la medesima legittimazione.

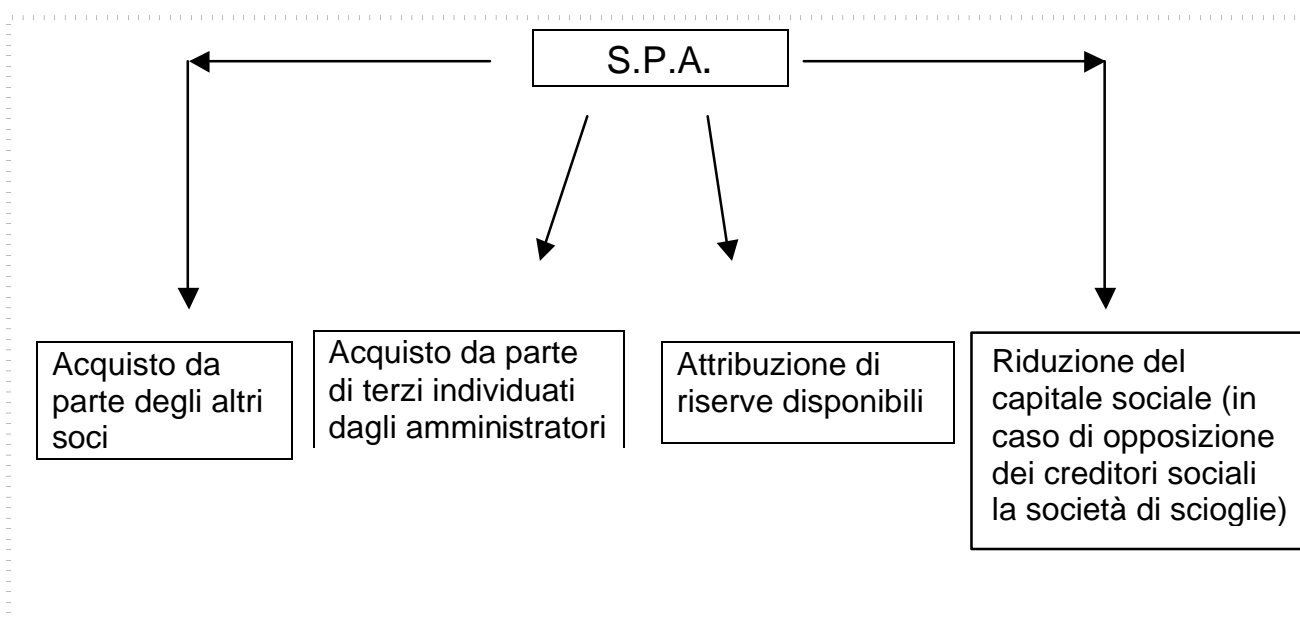
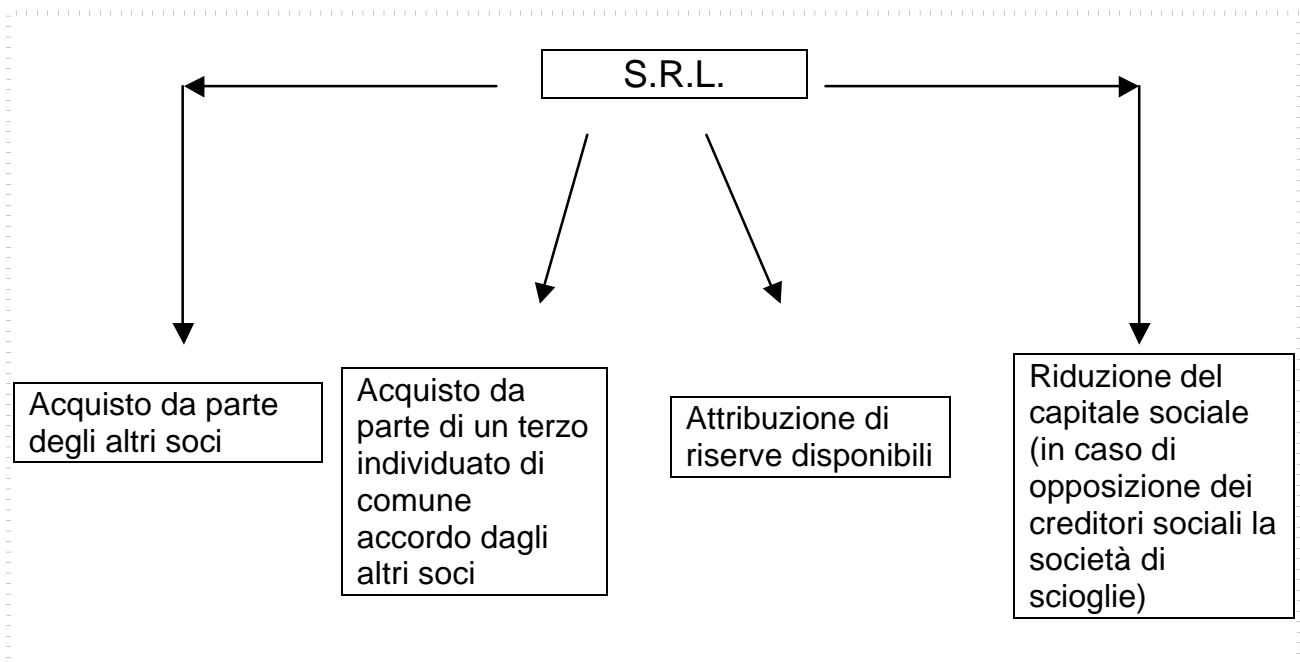
Si tratta tuttavia di una soluzione particolarmente incerta perché il legislatore ha manifestamente inteso costituire le norme in tema di s.r.l. in un corpus del tutto autonomo rispetto alla disciplina in materia di società per azioni.

L'incertezza normativa è particolarmente grave se si considera l'ipotesi del recesso per *“compimento di operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell'oggetto della società o una rilevante modificazione dei diritti dei soci”*: in questo caso si è facili profeti nel prevedere l'insorgere di controversie in ordine all'esistenza di un termine decadenziale a partire dal completamento dell'operazione per l'esercizio del recesso.

***LE MODALITÀ DI ESERCIZIO DEL RECESSO
NELLA NUOVA S.P.A. E NELLA NUOVA S.R.L.***

<i>S.R.L.</i>	<i>S.P.A.</i>
Inesistenza di termini e modalità, salvo il preavviso nel caso di società contratta a tempo determinato	Invio di lettera raccomandata entro 15 gg. dall'iscrizione della delibera che legittima il recesso. Se il fatto che legittima il recesso è diverso da una deliberazione, esso è esercitato entro 30 gg. dalla sua conoscenza da parte del socio. Le azioni per le quali è esercitato il diritto di recesso non possono essere cedute e devono essere depositate presso la sede sociale.

LE MODALITÀ DI RIMBORSO DELLA PARTECIPAZIONE DEL SOCIO RECEDENTE



**LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI
NELLA NUOVA S.P.A. E NELLA NUOVA S.R.L.**

<i>S.P.A.</i>	<i>S.R.L.</i>
✓ Responsabilità solidale verso la società	✓ Responsabilità solidale verso la sola società
✓ Responsabilità solidale verso i creditori sociali	✓ Corresponsabilità dei soci che abbiano deciso o autorizzato gli atti dannosi per la società, i soci e i terzi
✓ Disciplina della responsabilità per funzioni	✓ Controllo individuale dei soci
✓ Previsto il controllo giudiziario sulla gestione	✓ Disciplina della responsabilità per funzioni inesistente
✓ Legittimazione all'azione di responsabilità sociale dei soci che siano portatori di almeno un quinto del capitale sociale	✓ Controllo giudiziario sulla gestione inesistente
	✓ Legittimazione di ciascun socio all'azione di responsabilità sociale

4.5 *La nuova disciplina dell'azione di responsabilità contro gli amministratori di s.p.a. ed s.r.l.*

La disciplina del codice civile conteneva regole unitarie in tema di azione di responsabilità contro gli amministratori delle società per azioni e delle s.r.l.

Queste regole rimettevano alla maggioranza dei soci delle società *in bonis* la decisione assembleare circa la proposizione di tale azione: in caso di apertura di una procedura concorsuale la legittimazione a proporre l'azione medesima veniva invece trasferita al Curatore o al Commissario Liquidatore.

Con la sola eccezione della crisi d'impresa, il sistema codicistico offriva pertanto alla minoranza solo strumenti indiretti per ottenere la

riparazione del danno inflitto dagli amministratori negligenti al patrimonio sociale.

Si trattava peraltro di strumenti riservati solo ai soci che rappresentassero particolari aliquote del capitale sociale, ossia l'esercizio del diritto di veto sulla rinuncia e sulla transazione dell'azione di responsabilità e l'attivazione del procedimento di controllo da parte del Tribunale, dal quale poteva scaturire la proposizione di un'azione di responsabilità da parte dell'Amministratore Giudiziario eventualmente nominato dal Tribunale.

Questa soluzione normativa rafforzava la posizione degli Amministratori e pregiudicava la legittima aspettativa dei soci di minoranza alla correttezza gestionale.

L'azione di responsabilità veniva infatti esercitata solo in rari casi, dato che era quasi impossibile che la stessa maggioranza assembleare che aveva scelto e che sosteneva gli amministratori si attivasse per reprimere gli illeciti dei medesimi.

La riforma societaria ha profondamente innovato questa materia, introducendo anche nel nostro sistema la regola, già presente in ordinamenti stranieri, per la quale l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori per il danno cagionato alla società per effetto di negligenza gestionale può essere promossa, oltre che dalla società a seguito di deliberazione assembleare, anche da singoli soci o gruppi di soci in assenza di deliberazione: è stata pertanto istituita, accanto alla tradizionale azione di responsabilità “di maggioranza”, una nuova azione “di minoranza”.

La nuova disciplina della legittimazione all'azione di responsabilità non ha carattere del tutto unitario, presentando rilevanti differenze per i diversi tipi di società.

Il sistema prevede infatti una disciplina di base dell'azione di responsabilità “di minoranza” comune a tutte le società di capitali: questa disciplina comune è completata da regole speciali, diverse a seconda che si tratti di società per azioni quotata, di s.p.a. non quotata,

di s.p.a. non quotata che fa “ricorso al capitale di rischio” ovvero di s.r.l.

La prima fondamentale regola è quella del riconoscimento ai soci della legittimazione a proporre nei confronti degli amministratori l'azione di responsabilità anche in assenza di deliberazione assembleare e senza la necessità di alcun preliminare vaglio di ammissibilità di tale iniziativa (previsto invece in ordinamenti stranieri).

La facoltà di azione, ancora, può essere attribuita in concreto, a seconda della particolare disciplina legale o statutaria, ai singoli partecipanti alla compagine ovvero solo a coloro che siano titolari di partecipazioni pari almeno alla percentuale del capitale sociale fissata dalla legge o dallo Statuto.

Sempre comune a tutte le società è il principio per cui l'azione comporta solo un vantaggio indiretto per l'attore, consistente nel ripristino del valore della sua partecipazione in seguito all'avvenuto risarcimento del danno da parte dell'amministratore: l'azione di minoranza si risolve infatti solo in un risarcimento in favore della società e non anche in favore dei soci.

Per regola generale, ancora, in caso di accoglimento della domanda la società è tenuta a rimborsare ai soci attori le spese del giudizio e quelle da essi sostenute per l'accertamento dei fatti (in proposito, come vedremo, sussistono delle differenze di formulazione delle norme tra s.p.a. ed s.r.l., piccole ma molto rilevanti sul piano pratico).

Le nuove norme attribuiscono poi ad ogni tipo di società la facoltà di rinunciare ovvero transigere l'azione di responsabilità proposta dai soci, a condizione che questi atti dispositivi siano approvati esplicitamente dall'assemblea e purché non vi sia il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti nelle s.p.a. il capitale necessario alla proposizione dell'azione e nelle s.r.l. il dieci per cento del capitale sociale (nelle s.r.l., come poi vedremo, è anche prevista una maggioranza rafforzata per l'approvazione della deliberazione in discorso).

A queste espresse regole comuni ne deve essere aggiunta, seguendo la comune interpretazione, anche un'altra: la legittimazione alla proposizione dell'azione prescinde dall'esistenza di un collegamento cronologico tra atti di cattiva amministrazione e possesso della partecipazione sociale.

L'azione in questione può infatti essere proposta anche dai soci che siano divenuti tali dopo la verifica dei fatti contestati agli amministratori, ovvero dopo il momento in cui il danno è stato accertato: non si applica pertanto in Italia quella che negli Stati Uniti è conosciuta come regola della “*contemporaneous ownership*”, per la quale l'azione di responsabilità può essere esercitata solo da chi possedeva lo status di socio o lo ha acquistato successivamente a titolo di valido negozio derivativo al momento del compimento dell'atto pregiudizievole, ovvero, secondo la variante adottata in alcuni Stati, al momento dell'accertamento delle conseguenze di tale atto.

4.6 L'azione di responsabilità di minoranza nelle s.p.a.

Nelle società per azioni l'azione può essere proposta dai soci che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, un ventesimo del capitale sociale (lo statuto può peraltro prevedere, oltre che la diminuzione, anche l'aumento - comunque entro il limite del terzo del capitale sociale - della soglia di legittimazione per la proposizione di azione di responsabilità).

La nuova legge ha attribuito alla società la legittimazione alla rinuncia ed alla transazione dell'azione di responsabilità purchè non consti il voto contrario di tanti soci che rappresentino il quinto del capitale sociale (il ventesimo nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio).

La riforma riconosce poi ai soci che hanno agito un potere di signoria sulle sorti della propria iniziativa processuale non previsto per le s.r.l.: costoro possono infatti direttamente ed autonomamente rinunciare e transigere l'azione di responsabilità indipendentemente dall'approvazione assembleare, così disponendo di un diritto proprio

della società, ossia quello di ottenere il risarcimento del danno derivante dalla cattiva amministrazione.

I soci attori dispongono però solo indirettamente di tale diritto: nel rispetto delle regole generali che sopra si sono viste in caso di rinuncia o transazione da parte degli attori *“ogni corrispettivo per la rinuncia o transazione deve”* però *“andare a vantaggio della società”*.

4.7 L'azione di responsabilità di minoranza nelle s.r.l.

La disciplina dell'azione di responsabilità di minoranza presenta nelle s.r.l. (fermo il nucleo comune sopra descritto) caratteri estremamente diversi rispetto a quella applicabile nelle società per azioni.

La maggiore peculiarità si ritrova nel fatto che la legittimazione ad agire spetta a ciascuno dei soci, senza alcuna preclusione relativa alla parte di capitale da questi posseduta.

Solo per le s.r.l. - ancora - è prevista in favore del socio attore la facoltà di richiedere - in caso di gravi irregolarità nella gestione della società - che sia adottato provvedimento cautelare di revoca degli amministratori.

La controversia sulla responsabilità amministrativa può poi essere oggetto di rinuncia o transazione da parte della società anche nelle s.r.l., per le quali il legislatore, come si è accennato, non ha peraltro attribuito al socio attore la facoltà di rinunciare o transigere l'azione di responsabilità.

In queste società è però prevista per l'approvazione di simili atti la maggioranza particolarmente qualificata dei due terzi del capitale sociale: rinuncia e transazione non possono peraltro essere deliberate quando vi si oppongano tanti soci che rappresentino almeno il decimo del capitale sociale.

Le nuove regole prevedono infine che l'azione di responsabilità in discorso possa essere proposta - oltre che nei confronti degli amministratori - anche verso i soci non investiti della carica

amministrativa che abbiano *“intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società”* (che vengono esplicitamente qualificati come *“solidalmente responsabili”* con gli amministratori).

Questa scelta è giustificata dalla Relazione alla nuova legge con l'affermazione che *“le caratteristiche del tipo societario in questione e la circostanza che nella concreta realtà in esso molto spesso l'effettivo potere di amministrazione non corrisponde all'assunzione della relativa veste formale”*, così che *“nella concreta realtà la mancata assunzione della prima può divenire un facile strumento per eludere la responsabilità che deve incombere su chi la società effettivamente gestisce”*.

Del pari, questa scelta potrebbe essere giustificata rilevando che il nuovo articolo 2479 del codice civile riconosce ai soci un'ampia competenza decisionale su materie gestionali , attribuendo in linea generale a tanti soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale la facoltà di sottoporre all'approvazione dei partecipanti alla società qualsiasi decisione relativa alla gestione della società.

5 LA NUOVA DISCIPLINA DEI GRUPPI DI SOCIETÀ

I PRINCIPI DELLA NUOVA DISCIPLINA DELLA DIREZIONE E DEL COORDINAMENTO DI SOCIETÀ

- ✓ Obbligo del soggetto che esercita attività di direzione e coordinamento di operare secondo principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale.
- ✓ Responsabilità, capogruppo per la violazione dell'obbligo di correttezza gestionale
- ✓ Pubblicità dell'appartenenza di una società ad un gruppo
- ✓ Motivazione delle decisioni imprenditoriali delle società controllate influenzate dalla capogruppo.
- ✓ Diritto di recesso dei soci delle controllate all'inizio e alla cessazione dell'attività di direzione e coordinamento ed in situazioni nelle quali muti il profilo di rischio connesso all'appartenenza al gruppo.
- ✓ Postergazione dei finanziamenti effettuati dalla capogruppo a favore delle società controllate.

5.1 Premessa

L'economia italiana è caratterizzata dalla diffusione di un peculiare modello organizzativo dell'attività di impresa, consistente nell'aggregazione di diverse società in un "gruppo" a struttura gerarchica, sottoposto al controllo – diretto od indiretto – di un'unica società "capogruppo".

Le ragioni della diffusione dei gruppi societari nel nostro sistema economico sono ben note: attraverso la formazione di un gruppo è possibile realizzare importanti vantaggi imprenditoriali, come la limitazione del rischio delle attività economiche, il superamento dei limiti della dimensione eccessivamente ridotta di molte attività d'impresa, l'articolazione dell'impresa in autonomi centri di responsabilità.

Il codice civile del 1942 non conteneva alcuna disposizione che potesse essere utile alla disciplina dei gruppi di società.

La presenza dei gruppi societari, che pure rappresentava un importante motore per lo sviluppo economico ed un contributo all'efficienza generale del sistema determinava pertanto complessi problemi giuridici, dato che l'ordinamento non assicurava alcuna tutela ai soci di minoranza delle società sottoposte a controllo ed ai soggetti (creditori, dipendenti, ecc.) interessati a vario titolo all'attività di tali società.

Questi soggetti rischiavano, infatti, di dover sopportare le conseguenze del sacrificio dell'interesse economico della società controllata a tutto vantaggio dell'interesse generale del gruppo societario ovvero di quello della società controllante.

In questa situazione si invocava da più parti un intervento legislativo in tema di gruppi di società finalizzato ad assicurare l'informazione circa l'appartenenza di una società ad un'organizzazione di gruppo e la repressione dei comportamenti illegittimi eventualmente posti in essere dalle società capogruppo.

5.2 La direzione ed il coordinamento di società

La riforma del diritto delle società di capitali è stata l'occasione per questo intervento legislativo.

Il decreto legislativo numero 6 del 2003 ha infatti introdotto nel codice civile un gruppo di norme intitolate "Direzione e coordinamento di società" ed inserito nella disciplina delle società di capitali una serie di altre norme destinate ad essere applicate quando una società si trovi ad appartenere ad un gruppo.

Il Legislatore della Riforma Societaria non ha ritenuto opportuno dare o richiamare una qualunque nozione di gruppo o di controllo bensì porre a base della disciplina del fenomeno dei gruppi l'esercizio di attività "di direzione e coordinamento" da parte di società ed enti su altre società.

Secondo le nuove disposizioni una tale attività si presume esercitata dalle società e dagli enti:

- tenuti al consolidamento dei loro bilanci;
- che esercitano su altre società il controllo come definito dall'art. 2359 c.c.

La direzione ed il coordinamento possono peraltro dipendere anche da:

- rapporti contrattuali;
- clausole statutarie.

La disciplina di questo fenomeno si articola in diverse direzioni: **l'istituzione di un sistema di controllo di gruppo, la pubblicità, la responsabilità della capogruppo, la tutela dei soci di minoranza e dei creditori** delle società sottoposte a direzione e coordinamento, la disciplina dei finanziamenti del soggetto capogruppo alle società controllate.

5.3 Il sistema di controllo di gruppo

Per effetto delle nuove disposizioni il collegio sindacale avrà il potere di richiedere gli amministratori notizie *“anche con riferimento alle società controllate sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari”*, nonché il potere di *“scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione di controllo ed all'andamento generale dell'attività sociale”*.

Nella medesima prospettiva si rileva che per effetto delle nuove disposizioni anche il compimento da parte degli amministratori di operazioni tali da poter recare danno ad una società controllata può costituire *“grave irregolarità”* suscettibile di determinare un intervento di controllo e repressione da parte del Tribunale.

5.4 Gli obblighi pubblicitari

La nuova disciplina contempla poi una serie di **articolati obblighi pubblicitari**, finalizzati ad informare i terzi dell'appartenenza della società ad un gruppo e delle conseguenze di questa circostanza, ovvero dell'esercizio della direzione e del coordinamento.

Si tratta dei seguenti principali obblighi:

- la società soggetta all'altrui attività di direzione e coordinamento deve fornirne indicazione negli atti e nella corrispondenza, nonché mediante iscrizione presso una apposita sezione di nuova creazione del registro delle imprese;
- la società soggetta all'altrui attività di direzione e coordinamento deve disporre, in apposita sezione della nota integrativa del bilancio, un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio della società o dell'ente che esercita su di essa la direzione o il coordinamento;
- gli amministratori devono indicare nella relazione sulla gestione i rapporti intercorsi con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette, nonché l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e su suoi risultati.

5.5 La responsabilità per scorretto esercizio dei poteri di direzione e coordinamento ed i “vantaggi compensativi”

Per quanto riguarda la **responsabilità della capogruppo** la nuova disciplina stabilisce anzitutto un obbligo di grande importanza a carico dei soggetti che esercitino attività di direzione o di coordinamento, ossia quello di agire secondo “*principi di corretta gestione societaria o imprenditoriale*” delle società appartenenti al gruppo.

In caso di violazione di questo obbligo, quei soggetti sono direttamente responsabili nei confronti dei soci delle società controllate per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale: la responsabilità si estende anche nei confronti

dei creditori sociali quando si sia verificata una lesione all'integrità del patrimonio della società controllata.

Una simile responsabilità è temperata solo dalla codificazione della teoria dei c.d. “vantaggi competitivi”.

Il legislatore della riforma, infatti, accogliendo una proposta che da più parti si era avanzata nel dibattito sui gruppi di società ha stabilito che **non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce di un risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento favorevole per la società controllata ovvero interamente eliminato “anche a seguito di operazioni a ciò dirette”**.

Un simile principio potrebbe per esempio trovare applicazione nel caso, non infrequente, in cui una società controllata sia indotta dalla capogruppo a prestare una fideiussione gratuita nei confronti di un istituto di credito in favore di una società del gruppo.

In base alla disposizione da ultimo citata non vi potrebbe essere responsabilità del soggetto capogruppo in tutti i casi in cui la società garante tragga, ancorché indirettamente, un vantaggio dalla prestazione della garanzia (che potrebbe per esempio essere rilasciata in favore di società che svolge attività di finanziamento per il complesso delle partecipanti al gruppo, ovvero in favore di società che assicura l'ottenimento di commesse o appalti a vantaggio dell'intero gruppo).

5.6 *Il diritto di recesso*

Ad ulteriore protezione della posizione dei soci di minoranza la nuova legge attribuisce il diritto di recesso al socio di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento, riconoscendogli il potere di negoziare la sua permanenza in tale società di fronte a rilevanti alterazioni del rischio connesso all'investimento.

Il diritto di recesso può infatti essere esercitato:

- se cambiano lo scopo o l'oggetto della controllante (in modo tale da comportare lo svolgimento di attività che alterino le condizioni economiche o patrimoniali della società controllata),
- quando a favore del socio sia stata pronunciata una sentenza esecutiva di condanna per scorretto esercizio dell'attività di direzione e di coordinamento;
- all'inizio ed alla fine dell'attività di direzione, quando non si tratti di società quotata e da questo evento derivi un'alterazione del rischio dell'investimento (a meno che non venga promossa un'offerta pubblica di acquisto sulle partecipazioni nella società oggetto di direzione e coordinamento).

5.7 La motivazione delle decisioni

La tutela dei soci di minoranza e più generale di terzi estranei ai benefici dell'attività di direzione e di coordinamento è peraltro assicurata anche dal fatto che la legge prevede che le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quando da questa influenzate, debbano essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione: di queste decisioni deve essere dato adeguato conto nella relazione sulla gestione degli amministratori al termine di ogni esercizio.

5.8 I finanziamenti

La riforma contiene infine una norma di grande importanza per la disciplina dei finanziamenti concessi a favore delle società controllate da parte del soggetto che eserciti attività di direzione e di coordinamento.

Per effetto di quanto dispone la nuova disciplina, la restituzione di questi finanziamenti è postergata rispetto a quella di qualsiasi altro

debito della società ed i finanziamenti medesimi - se rimborsati nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento della società - sono soggetti a revocatoria e pertanto debbono essere restituiti senza che sia necessario al curatore fallimentare provare la conoscenza dello stato di insolvenza da parte del soggetto che abbia ottenuto la restituzione del finanziamento.

Il rilievo di una simile disposizione è del tutto evidente: questa norma potrà essere utile a prevenire il fenomeno della “sottocapitalizzazione” delle società controllate da parte di soggetti capogruppo restii ad investire le risorse necessarie ad assicurare il corretto svolgimento dell'attività di queste società.

6 *IL NUOVO PROCESSO SOCIETARIO E L'ARBITRATO NELLE SOCIETÀ*

Le principali novità per i contenziosi societari:

- ✓ rito speciale per le controversie societarie;
- ✓ nuova disciplina dei provvedimenti cautelari;
- ✓ favore per l'arbitrato;
- ✓ ammesso l'arbitrato, anche per la risoluzione di contrasti sulla gestione della società;
- ✓ favore per i procedimenti di definizione stragiudiziale delle liti

6.1 Le società di fronte alla giustizia civile

La riforma del diritto societario introduce nel nostro ordinamento un nuovo complesso di norme, contenute nel decreto legislativo n. 5 del 2003 e destinate, negli auspici del legislatore, a rimuovere il grave ostacolo al funzionamento dell'economia delle società costituito dall'impossibilità del sistema giudiziario statale di far fronte alla richiesta di decisioni rapide ed "efficienti" proveniente dal mondo delle imprese.

Nell'ambito delle organizzazioni societarie le controversie sono infatti piuttosto frequenti e dispendiose in termini di costi e di energie umane: è noto quante (e quanto lunghe e complesse) sono – per fare solo qualche esempio - le liti riguardanti l'impugnazione delle deliberazioni assembleari da parte dei soci di minoranza, ovvero quelle relative alle azioni di responsabilità nei confronti di amministratori, sindaci e liquidatori ovvero ancora quelle concernenti la determinazione del valore della partecipazione del socio receduto o escluso.

La celere ed efficiente soluzione di queste controversie è ostacolata dal sovraccarico degli uffici giudiziari, travolti dal fenomeno – che non è solo italiano ma relativo a tutti i Paesi ad economia avanzata – della cosiddetta *litigation explosion* (al 30

giugno 2000 il ruolo di ogni magistrato togato italiano era caricato da circa 1.200 controversie di merito, alle quali andavano aggiunti i procedimenti speciali, come quelli relativi alla richiesta di misure cautelari).

Ad ostacolare la definizione delle liti societarie si aggiungono altre circostanze, come le difficoltà e le incertezze che circondavano la remissione delle controversie ad una decisione arbitrale e - soprattutto - l'assenza di regole processuali celeri adatte alle specifiche esigenze delle società.

Le regole del codice di procedura civile impongono, infatti, che il processo si svolga – prima di arrivare alla sentenza - attraverso una catena di udienze che non può essere modificata né dal Giudice né dai legali delle parti e che si snoda lentissima a causa del citato sovraccarico degli uffici, per effetto del quale i tempi morti tra un'udienza e l'altra sono lunghissimi. In questo modo la determinazione della materia del contendere diviene faticosa e dilatata e il Giudice, che per diverse udienze ha potuto solo svolgere una funzione di controllo formale, giunge a pronunciare una sentenza a molta distanza di tempo dall'insorgere della controversia.

Gli effetti di una simile disciplina processuale sull'efficienza delle società commerciali sono sotto gli occhi di tutti gli operatori economici: quando insorge una controversia tra i soci o tra questi e gli organi sociali l'attività di una società può essere intralciata (se non paralizzata) per diversi anni.

6.2 Le nuove regole processuali: il campo di applicazione

Il campo di applicazione delle nuove regole di procedura contenute nel decreto legislativo n. 5 del 2003 è il seguente:

- a) rapporti societari, ivi compresi quelli concernenti le società di fatto, l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i liquidatori e i direttori generali delle società, delle mutue assicuratrici e delle società cooperative;

- b) trasferimento delle partecipazioni sociali, nonché ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti;
- c) patti parasociali, anche diversi da quelli disciplinati dall'articolo 2341-bis codice civile, e accordi di collaborazione di cui all'articolo 2341-bis, ultimo comma, del codice civile;
- d) rapporti in materia di intermediazione mobiliare da chiunque gestita, servizi e contratti di investimento, ivi compresi i servizi accessori, fondi di investimento, gestione collettiva del risparmio e gestione accentrata di strumenti finanziari, vendita di rapporti finanziari, ivi compresa la cartolarizzazione dei crediti, offerte pubbliche di acquisto e di scambio, contratti di borsa;
- e) materie di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (Testo Unico Bancario), quando la relativa controversia è promossa da una banca nei confronti di altra banca ovvero da o contro associazioni rappresentative di consumatori o camere di commercio;
- f) credito per le opere pubbliche.

***AMBITO DI APPLICAZIONE
DELLE NUOVE NORME PROCESSUALI***

- ✓ rapporti societari (incluse le azioni di responsabilità);
- ✓ negozi aventi ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti;
- ✓ patti parasociali;
- ✓ rapporti in materia di intermediazione mobiliare, servizi e contratti di investimento, offerte pubbliche di acquisto e scambio, contratti di borsa;
- ✓ materie regolate dal Testo Unico Bancario quanto la controversia è promossa da una banca da o contro un'altra banca ovvero da o contro associazioni di consumatori e camere di commercio.
- ✓ credito per le opere pubbliche

6.3 *Le nuove regole processuali: caratteristiche generali*

Il Parlamento Italiano, nell'approvare la legge delega per la riforma del diritto societario, aveva rimesso al Governo il compito di scrivere una nuova disciplina processuale applicabile alla materia societaria avente due caratteristiche: *“la concentrazione del procedimento”* e *“la riduzione dei tempi processuali”*.

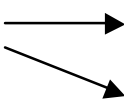
Il Governo ha realizzato questi obiettivi attraverso un organico intervento che prevede:

- l'introduzione nell'ordinamento di un nuovo rito processuale “ordinario” per le controversie in materia societaria (si omette, per brevità, di menzionare le altre controversie soggette alle nuove regole);
- l'introduzione di due riti speciali caratterizzati dalla celerità: quello “abbreviato” e quello “sommario”;
- una nuova disciplina dei procedimenti cautelari in materia societaria;
- nuove regole destinate a favorire il ricorso all'arbitrato e la conciliazione stragiudiziale delle controversie nella materia societaria.

A queste norme procedurali si affiancano diverse nuove regole sostanziali contenute nel più volte citato decreto legislativo n. 5 del 2003 e finalizzate a prevenire le controversie attraverso la previsione di condizioni soggettive ed oggettive per l'avvio e la prosecuzione delle liti concernenti i rapporti societari.

Caratteristiche del nuovo processo societario:

speditezza e concentrazione

del procedimento:  intervento del Giudice solo per decidere;
comunicazioni tra difensori ammesse
anche via fax o e-mail

Fasi del procedimento:

1.Citazione

2.Costituzione

3.Repliche

4.Istanza di fissazione udienza

5.Intervento del Giudice

6.Decisione

6.4 Il nuovo processo ordinario in materia di società

La nuova disciplina affronta in maniera incisiva il problema principale del processo civile italiano, ossia l'eccessiva durata dei procedimenti, che rende la giustizia statale incapace di rispondere alla domanda di efficiente soluzione delle controversie proveniente dal mondo delle imprese.

L'intervento legislativo si muove nella direzione, già sperimentata in altre materie (come il diritto del lavoro o quello degli appalti pubblici), della creazione di regole speciali per i processi relativi alla materia societaria, tali da favorire la celerità dei medesimi.

Queste regole sono finalizzate a rimuovere dalla materia societaria il fattore che determina nel nostro sistema processuale l'abnorme prolungamento delle liti, ossia la circostanza che la complessa attività di chiarificazione dell'oggetto della controversia si svolge - davanti da un Giudice oberato di cause - attraverso una lunga serie di rinvii ed aggiornamenti del procedimento nel corso della quale le parti depositano atti e documenti.

La grande novità del nuovo processo societario consiste nel totale affidamento della prima fase del giudizio ordinario alla disponibilità delle parti, le quali gestiscono direttamente (attraverso uno scambio di atti tra i loro Avvocati regolato da precise e veloci scadenze temporali) la definizione delle questioni di diritto, quella dei fatti che devono essere provati e quella dei mezzi di prova.

Conclusa la fase dello scambio di atti (che ha un termine massimo di durata) una delle parti può chiedere che sia fissata l'udienza per la effettiva trattazione della causa.

A questo punto il giudizio prosegue con la fissazione dell'udienza di discussione attraverso un decreto nel quale il Giudice – che già possiede il materiale utile ai fini del decidere – prende posizione circa l'ammissione di eventuali mezzi di prova e circa le questioni delle quali sollecita la trattazione.

La causa, così istruita, può poi giungere facilmente alla decisione previa l'eventuale assunzione di prove.

6.5 *Il nuovo procedimento sommario in materia di società*

✓ *Il procedimento sommario è applicabile alle controversie societarie che abbiano ad oggetto il pagamento di una somma di denaro o la consegna di una cosa mobile determinata.*

La riduzione dei tempi delle liti viene promossa dalla riforma, oltre che con nuove norme relative al procedimento “ordinario”, anche con la previsione di speciali strumenti processuali celeri utilizzabili in determinate circostanze.

Un primo strumento è il procedimento sommario di cognizione, la cui originalità consiste nel fatto che si tratta di un mezzo finalizzato unicamente alla formazione di un titolo esecutivo e non

all'accertamento del diritto con efficacia di sentenza: in questa prospettiva le formalità sono ridotte al minimo.

Questo procedimento è applicabile alle controversie societarie che abbiano ad oggetto il pagamento di una somma di denaro o la consegna di una cosa mobile determinata e che non si riferiscano ad azioni di responsabilità da chiunque proposte.

Il procedimento si introduce con un ricorso, all'esito del quale il Giudice dispone la comparizione delle parti.

Dopo la costituzione della parte convenuta in causa il Giudice, ove ritenga sussistenti i fatti costitutivi della domanda e manifestamente infondate le contestazioni del convenuto, pronuncia un'ordinanza di condanna immediatamente esecutiva che costituisce anche titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Se invece il Giudice ritiene che l'oggetto della causa o le difese svolte dal convenuto richiedano una cognizione non sommaria, dispone la prosecuzione della causa nelle forme ordinarie.

6.6 La nuova disciplina dei procedimenti cautelari e il procedimento abbreviato

→ *I provvedimenti cautelari rimangono efficaci anche se non inizia la causa di merito; esempio: sospensione dell'efficacia di delibera assembleare).*

La riforma è intervenuta anche nella delicata materia delle misure cautelari (sequestri, assunzione preventiva di mezzi probatori, provvedimenti anticipatori del contenuto della sentenza) relative alle materie oggetto del nuovo processo societario.

Nel tradizionale sistema processuale italiano le dette misure sono strumentali rispetto all'esito della causa e sono intese ad evitare che i

lunghi tempi del processo possano pregiudicare le ragioni della parte vittoriosa per effetto del mutamento delle condizioni patrimoniali della controparte o delle condizioni di fatto rilevanti per la decisione. L'efficacia di una sentenza di condanna al pagamento di somme di denaro può per esempio essere presidiata dal sequestro del patrimonio del debitore: allo stesso modo l'efficacia dell'impugnazione di una deliberazione di assemblea societaria può essere utilmente assicurata attraverso un provvedimento anticipatorio del contenuto della sentenza quale la sospensione dell'efficacia della deliberazione medesima.

I provvedimenti cautelari sono sempre stati caratterizzati nel nostro sistema giuridico dallo stretto legame con un procedimento di merito e pertanto destinati a decadere a seguito della pronuncia della sentenza ovvero dell'estinzione del processo di merito avvenuta prima della pronuncia della sentenza.

Nel nostro sistema giuridico, ancora, è sempre stato applicato il principio della netta separazione tra procedimento "di merito" finalizzato alla pronuncia di sentenza e procedimento cautelare.

Queste regole comportavano notevoli costi e difficoltà operative.

La parte vittoriosa in un procedimento cautelare, dopo avere sopportato lo sforzo ed i costi di una procedura complessa suscettibile di alterare il normale corso della vita societaria (se non altro per l'attenzione che la sua cura richiedeva agli organi sociali ovvero ai soci) era infatti costretta – per consolidare il risultato raggiunto – ad avviare o a proseguire un giudizio al fine di ottenere una sentenza.

Per effetto della riforma la situazione è mutata.

La nuova legge prevede infatti che nella materia societaria i provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito non perdano la loro efficacia se la causa non viene iniziata dopo la loro pronuncia ovvero se la causa medesima si estingue dopo la loro pronuncia.

La legge prevede poi che il procedimento finalizzato all'ottenimento di una pronuncia cautelare possa senz'altro sfociare in

un procedimento “di merito”, avente carattere abbreviato, tutte le volte in cui il Giudice davanti al quale le parti siano comparse per la discussione sulla concessione di una misura cautelare ritenga che la causa sia matura per la decisione di merito senza bisogno di assunzione di ulteriori mezzi di prova, ovvero che il giudizio sia “*in condizione di essere definito*”.

6.7 *La nuova disciplina del procedimento contumaciale*

Un’importantissima novità della riforma è la disciplina della mancata costituzione delle parti:

Il legislatore, in nome della celerità e snellezza procedimentale, ha infatti introdotto nel sistema il principio (finora inesistente) per cui la mancata costituzione di una parte nel processo (tecnicamente “contumacia”) equivale all’ammissione della fondatezza delle avversarie pretese

Secondo la nuova legge se l’attore non si costituisce il convenuto può, in alternativa, eccepire l’estinzione del processo e depositare istanza di fissazione dell’udienza oppure chiedere la prosecuzione del processo con il fine di ottenere una pronuncia nel merito.

Se invece è il convenuto a non costituirsi o a costituirsi tardivamente, l’attore ha l’innovativa possibilità di depositare istanza di fissazione dell’udienza ed i fatti da lui affermati si intendono non contestati.

6.8 *L’arbitrato societario*

L’arbitrato è un antico e diffuso metodo "privato" di soluzione delle controversie, che consente di rimettere la decisione di una lite, invece che al Giudice, ad uno o più arbitri competenti nella materia del contendere.

Nell’ambito della riforma il legislatore è intervenuto dettando nuove regole, caratterizzate dall’intento di favorire il ricorso

all'arbitrato, che nella materia societaria si presenta particolarmente opportuno nella materia societaria, date le caratteristiche di questo strumento di risoluzione delle controversie (rapidità, riservatezza, competenza tecnica degli arbitri).

L'arbitrato, prima dalla Riforma societaria, era disciplinato nel Codice di procedura civile agli artt. 806 e seguenti, norme la cui applicazione alla materia societaria è sempre stata circondata da notevoli difficoltà tecniche anche a causa della presenza di un costante dubbio circa l'ammissibilità della remissione a "giustizia privata" della risoluzione di liti che interessano il mondo delle società e pertanto aspetti vitali dell'economia nazionale.

Il modello di arbitrato previsto dalla Riforma è stato pensato e realizzato con riferimento a società di dimensioni relativamente limitate e 'chiuse', cioè società con una base sociale ristretta che non fanno ricorso al mercato di capitale di rischio: si potranno pertanto rimettere ad arbitrato le controversie che interessano le società di persone, le s.r.l. e le società con azioni non diffuse tra il pubblico in misura rilevante o quotate in Borsa.

***CONTROVERSIE SUSCETTIBILI DI ESSERE DEFINITE
MEDIANTE ARBITRATO***

- alcune o tutte le controversie insorgenti tra soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale;
- le controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti;
- le controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari;
- non potranno invece essere devolute ad arbitri le controversie nelle quali è obbligatorio l'intervento del Pubblico Ministero.

6.9 *Il funzionamento dell'arbitrato societario*

La devoluzione agli arbitri delle controversie societarie secondo il nuovo modello di arbitrato deve essere prevista dall'atto costitutivo o dallo statuto della società, mediante l'inserimento di specifiche clausole compromissorie. Solo se esistono tali clausole compromissorie statutarie è infatti possibile ricorrere allo strumento previsto dalla Riforma; altrimenti si può ricorrere, come ovvio, al modello di arbitrato previsto dal Codice di procedura civile, che presenta significative differenze da quello "societario".

La clausola compromissoria contenuta nello Statuto è vincolante per la società e per tutti i soci, i quali pertanto non possono sottrarsi alla devoluzione ad arbitri della controversia. La clausola diviene altresì vincolante per gli amministratori, i liquidatori e i sindaci a seguito della accettazione dell'incarico.

L'introduzione nello statuto della clausola compromissoria o la sua soppressione è approvata dai soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale. In queste ipotesi di introduzione o soppressione della clausola nello statuto, vale a dire quando le clausole sono sopravvenute nel corso della vita della società, i soci assenti o dissenzienti possono esercitare il diritto di recesso.

La clausola compromissoria deve indicare il numero e le modalità di nomina degli arbitri.

Il potere di nomina degli arbitri deve peraltro essere attribuito, a pena di nullità ed a presidio dell'imparzialità del procedimento, ad un soggetto estraneo alla società ed in caso di inerzia di costui al Presidente del Tribunale del luogo in cui la società ha sede.

Per la miglior tutela di tutti gli interessi coinvolti, la domanda di arbitrato proposta dalla società o in suo confronto deve essere peraltro depositata presso il Registro delle imprese ed è accessibile a tutti i soci.

La nuova disciplina dell'arbitrato societario consente infine (rimuovendo un grave limite all'efficacia dell'istituto arbitrale come

regolato dal codice di procedura civile) l'intervento nel procedimento di terzi e di altri soci, su richiesta di parte o per ordine degli arbitri: in questo modo è possibile che nella controversia siano coinvolti direttamente tutti i soggetti interessati, così che la determinazione finale degli arbitri sia efficace anche nei confronti di costoro.

Le statuizioni del lodo sono vincolanti per la società: è ammessa in ogni caso la possibilità di impugnare il lodo.

6.10 L'arbitrato gestionale nelle s.r.l. e nelle società di persone

Le disposizioni processuali della riforma societaria introducono nell'ordinamento un innovativo istituto: l'arbitrato "gestionale".

Si tratta di uno strumento destinato a venire in soccorso degli operatori economici nei casi –non infrequenti – in cui si verifica uno stallo gestionale nelle società (per esempio perché insorge un contrasto tra soci o gruppi di soci aventi partecipazioni paritetiche).

La nuova legge prevede infatti che:

- gli atti costitutivi delle società a responsabilità limitata e delle società di persone possano contenere clausole con le quali si deferiscono ad uno o più terzi i contrasti tra coloro che hanno il potere di amministrazione in ordine alle decisioni da adottare nella gestione della società;
- gli atti costitutivi medesimi possano prevedere che la decisione sia reclamabile davanti ad un collegio, nei termini e con le modalità stabilite nello statuto stesso;
- i suddetti atti costitutivi possano peraltro stabilire anche che il soggetto o il collegio chiamato a dirimere i contrasti di cui sopra possano dare indicazioni vincolanti anche sulle questioni collegate con quelle espressamente deferitegli.
- la decisione resa dal soggetto o dal collegio chiamato a dirimere i contrasti sia impugnabile solo in caso di mala fede del decidente.

Si tratta di una disciplina del tutto originale nell'esperienza giuridica italiana, dove era quasi incontestato il dogma dell'inammissibilità della remissione a terzi diversi dagli amministratori delle decisioni relative all'amministrazione della società.

6.11 La riforma societaria ed i meccanismi di alternative dispute resolution

Negli ultimi anni, in Italia come in altri Paesi, le difficoltà di funzionamento del sistema giudiziario hanno spinto gli operatori economici alla ricerca di mezzi alternativi di risoluzione delle controversie.

Questa ricerca ha portato alla maggiore diffusione di istituti già ben radicati nell'ordinamento, come l'arbitrato: si sono peraltro andate diffondendo anche le procedure di mediazione e conciliazione che nel passato avevano avuto uno scarso impiego.

Queste procedure appaiono infatti particolarmente adatte a soddisfare le esigenze di imprese e consumatori, che spesso non possono sostenere i tempi ed i costi di un giudizio civile ordinario o di un arbitrato, anche perché la decisione di un Giudice (o di un arbitro), pur ponendo fine ad una lite, non sempre porta ad un corretto riequilibrio degli interessi delle parti pregiudicati dalla violazione dei diritti di una di esse.

Come spesso è accaduto, un rilevante contributo alla diffusione delle procedure conciliative è venuto dal mondo anglo-sassone, dove da non poco tempo si stanno affermando, quale alternativa al ricorso all'Autorità Giudiziaria, nuove procedure su base volontaristica, meglio note fra gli operatori come "*Alternative Dispute Resolution*" (in forma abbreviata ADR).

Questa definizione comprende procedure di diverso genere e caratteristiche, mirate a far sì che le parti della controversia pervengano da sole alla soluzione del problema, con ed attraverso l'assistenza di una terza parte neutrale, priva peraltro di potere decisionale in senso cogente (la terza parte chiamata a favorire la

soluzione della controversia non impone una decisione, bensì svolge il compito di agevolare il raggiungimento di un accordo transattivo reciprocamente accettabile).

Dal mondo anglosassone le procedure di ADR si sono diffuse anche in Italia sia su base volontaria (è noto il caso della Commissione di Conciliazione costituita per le controversie tra Telecom Italia ed utenti) che per effetto di disposizioni di legge (come la legge sulla subfornitura, per la quale in caso di controversie in merito all'esecuzione della subfornitura deve essere proposto obbligatoriamente un tentativo di conciliazione presso la Camera di Commercio nel cui territorio ha sede il fornitore).

6.12 Le nuove regole sulla Alternative Dispute Resolution in materia societaria

In questo generale processo di diffusione degli strumenti alternativi di risoluzione del conflitto si è inserita la riforma societaria, che contiene diverse norme finalizzate a promuovere la *Alternative Dispute Resolution* in campo societario, così da realizzare una composizione delle liti rapida ed efficace e tale da permettere la continuazione del rapporto tra le parti dopo la risoluzione del conflitto.

Le nuove norme attribuiscono ad Enti Pubblici o Privati dotati di particolari caratteristiche la facoltà di costituire organismi per la conciliazione delle controversie societarie attraverso procedimenti finalizzati alla formazione di un “verbale di conciliazione” avente la stessa efficacia giuridica di una sentenza dell’Autorità Giudiziaria.

Per favorire l’attività di questi organismi la riforma prevede la possibilità che gli Statuti delle società contengano una “clausola di conciliazione” che imponga in via obbligatoria il ricorso alla struttura di conciliazione prima della introduzione di qualsiasi lite.

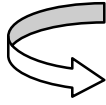
L’effetto della “clausola di conciliazione” sarà particolarmente rilevante perché il soggetto che abbia proposto una lite senza prima esperire il procedimento conciliativo potrà vedersi costretto – su

istanza della controparte – a proporre istanza di conciliazione pena l'impossibilità della prosecuzione della causa.

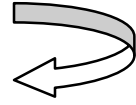
Sempre per favorire l'attività dei nuovi organismi la legge prevede – infine – che in caso di fallimento della conciliazione il Giudice successivamente adito possa tenere conto del comportamento delle parti in sede conciliativa nella decisione sulle spese di causa.

La soluzione consigliabile, soprattutto in una prima fase di applicazione, sarà il ricorso alla conciliazione amministrata dalla Camera di Commercio, la quale permette di valersi di strutture ed operatori che sono organizzati ad hoc per la gestione e lo svolgimento di procedure conciliative. Al'interno delle Camere di Commercio sono infatti operanti sportelli o camere di conciliazione con uno o più regolamenti, dotati di strutture professionali nonché di un elenco di conciliatori già formati, per fornire a tutti coloro che ne facciano richiesta strumenti idonei alla risoluzione dei conflitti.

Il ricorso alla conciliazione consentirà peraltro alle parti anche di ottenere dei vantaggi dal punto di vista fiscale: la legge prevede infatti che tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti del procedimento di conciliazione siano esenti dall'imposta di bollo e da ogni tassa o diritto di qualsiasi specie e natura.



CONCILIAZIONE

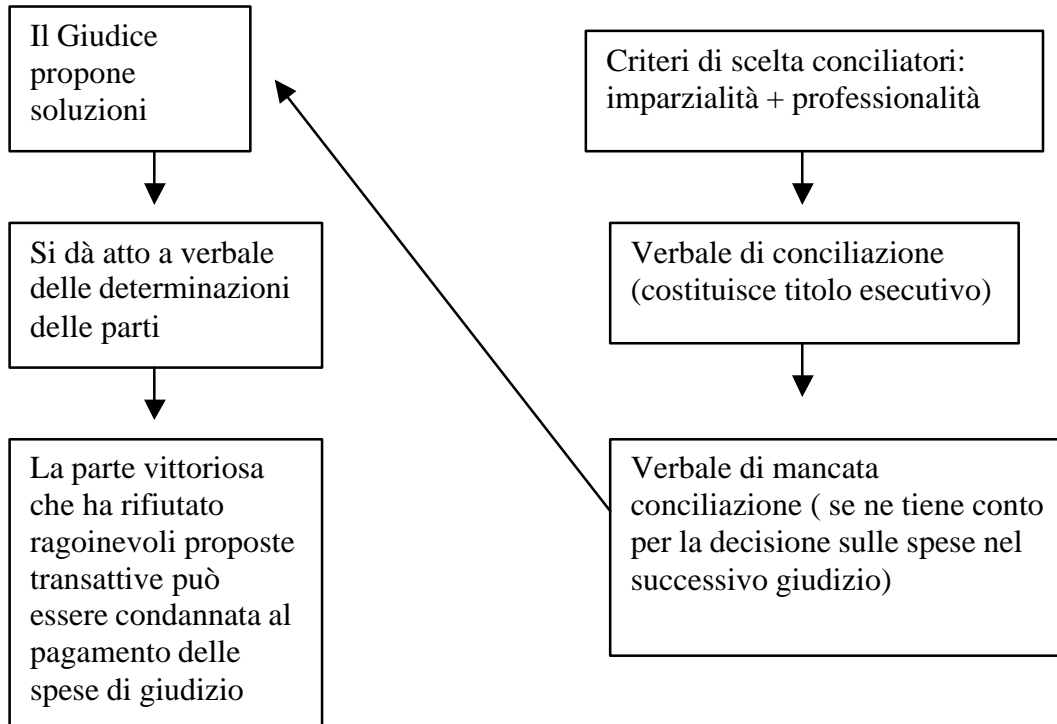


GIUDIZIALE

STRAGIUDIZIALE

Affidata al Tribunale

Affidata ad organismi di conciliazione



6.13 La riforma societaria e la prevenzione delle liti

La riforma contiene una serie di norme finalizzate a prevenire gli effetti negativi che l'attività di impresa delle società di capitali inevitabilmente subisce quando sia insorta una lite.

Queste norme sono contenute nel d. lgs. n. 5/2003, ossia nel complesso normativo dedicato alla disciplina "sostanziale" delle società di capitali ma destinate ad avere ovvi riflessi sul processo societario.

Si tratta di regole relative alle sole società per azioni e finalizzate ad assicurare quanto più possibile la "stabilità" delle determinazioni degli organi sociali a fronte di azioni di impugnazione.

Per effetto di queste nuove regole:

- vengono circoscritti i casi di nullità delle deliberazioni assembleari e si prevede che la nullità possa essere fatta valere o dichiarata d'ufficio solo entro tre anni dalla data della deliberazione;
- la legittimazione all'impugnazione delle deliberazioni assembleari viene limitata ai soci che siano titolari di una quota significativa del capitale sociale, pari all'uno per mille nelle società che facciano ricorso al mercato del capitale di rischio ed al cinque per cento nelle altre società (i soci che non posseggano azioni sufficienti sono legittimati unicamente a richiedere il risarcimento del danno sofferto per effetto della delibera);
- i soci che impugnano una delibera devono mantenere per tutto il processo la titolarità delle azioni necessarie per raggiungere la soglia minima che legittima l'impugnazione, a pena di impossibilità della pronuncia della nullità ovvero dell'annullamento della delibera medesima;
- viene previsto un brevissimo termine per l'impugnazione delle delibere annullabili o per la richiesta di risarcimento del danno: novanta giorni dalla data della deliberazione, ovvero, se questa è soggetta ad iscrizione nel registro delle imprese, entro tre mesi

dall'iscrizione ovvero ancora, se la delibera medesima è soggetta solo a deposito presso l'ufficio del registro delle imprese, tre mesi dalla data di questo;

- nel procedimento di impugnazione delle deliberazioni assembleari il Giudice può esperire in udienza il tentativo di conciliazione suggerendo le modificazioni da apportare alla deliberazione impugnata e concedendo quindi un rinvio per consentire l'adozione delle modificazioni medesime.