



Unione mese

Notiziario mensile

Rif. n° u1661/03 del 21/03/03

SL/cl

Per: AMMINISTRAZIONE FISCALE/TRIBUTARIO

RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO: LA NUOVA REGOLAMENTAZIONE DELLE SOCIETA' PER AZIONI

Il D. Lgs. n. 6/2003 innova sostanzialmente la disciplina codicistica delle società per azioni.

Coerentemente con le corrispondenti disposizioni della delega, il decreto introduce una **distinzione tra società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e società non vi ricorrono**, stabilendo, all'art. 2325-bis, che sono società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio *"le società emittenti di azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse fra il pubblico in misura rilevante"*. Alla tradizionale distinzione tra società quotate e non quotate si sostituisce così la tripartizione tra società non quotate che non ricorrono a capitali di rischio, società non quotate ma che ricorrono a capitali di rischio (società con titoli diffusi) e società quotate.

La norma non fornisce direttamente una nozione di società con azioni diffuse tra il pubblico in misura rilevante. La stessa terminologia è, tuttavia, utilizzata all'art. 116 del Testo Unico sull'Intermediazione Finanziaria - TUIF (D. Lgs. n. 58/1998), il quale stabilisce anche che i criteri per l'individuazione di tali emittenti vengono decisi dalla Consob con regolamento. La Consob, con il Regolamento c.d. emittenti (Reg. n. 11971/1999, aggiornato da ultimo a giugno 2002) ha stabilito (art. 2, co. 1, lett. f) che sono emittenti strumenti finanziari diffusi gli *"emittenti italiani dotati di un patrimonio netto non inferiore a cinque milioni di euro e con un numero di azionisti o obbligazionisti superiore a duecento"*.

La distinzione introdotta è rilevante: il ricorso al mercato del capitale di rischio determina infatti l'applicazione alla società di una serie di obblighi ulteriori, ad esempio in termini di pubblicità o relativamente al regime dei controlli (es.: l'obbligo di revisione esterna dei bilanci), in ragione degli interessi diffusi da tutelare.

Oltre ad introdurre la distinzione, l'art. 2325-bis, co. 2, contiene una disposizione di coordinamento, prevedendo che le norme del Capo V del codice civile si applichino *"alle società emittenti azioni quotate in mercati regolamentati in quanto non sia diversamente disposto da altre norme di questo codice o da leggi speciali"*. Da ciò emerge l'applicabilità, salvo alcuni punti dubbi, del TUIF alle società quotate.

Di seguito verranno esaminati i tratti essenziali della **nuova regolamentazione delle SPA**. Si ricorda che è stata già pubblicata la nostra Circolare n. u1587 del 17 marzo 2003, contenente una *check list* che riassume i punti, la cui definizione la legge rinvia alla disciplina dei soci (si ricorda che, in mancanza di espresse indicazioni dei soci, si applicano le norme residuali stabilite dal codice). Si tratta di una tabella che può costituire un utile punto di riferimento per le imprese al momento della redazione (o modifica) degli atti costitutivi e degli statuti.

1. La costituzione della SPA

Coerentemente con quanto già previsto dalla XII Direttiva CEE sulle **società unipersonali**, soltanto parzialmente attuata nel nostro ordinamento (fino all'entrata in vigore della riforma è infatti possibile costituire solo SRL unipersonali), viene ammessa dall'art. 2328 cod. civ. la possibilità di costituire una società per azioni anche per atto unilaterale. La pluralità dei soci non è quindi più requisito essenziale affinché una SPA possa beneficiare della responsabilità limitata.



Unione mese

Notiziario mensile

Condizioni per la costituzione della SPA unipersonale, o per il mantenimento della responsabilità limitata nel caso in cui venga meno la pluralità dei soci, sono:

1. la **pubblicità**: quando le azioni risultano appartenere ad una sola persona o muta la persona dell'unico socio, gli amministratori, entro trenta giorni dall'avvenuta iscrizione di tale fatto nel libro dei soci, devono depositare per l'iscrizione nel registro delle imprese una dichiarazione contenente l'indicazione del cognome e nome e della denominazione, della data e del luogo di nascita o di costituzione, del domicilio o della sede e cittadinanza dell'unico socio (art. 2362, co. 1). L'obbligo di pubblicità può essere adempiuto direttamente anche da parte del socio unico (co. 3). E' inoltre previsto che i contratti della società con l'unico socio o le operazioni a favore dell'unico socio siano opponibili ai creditori soltanto se risultano dal libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio o da atto scritto avente data certa anteriore al pignoramento (co. 4);

2. l'avvenuto versamento dell'intero ammontare del **capitale sociale** al momento della sottoscrizione dell'atto costitutivo (art. 2342, co. 2) o, nel caso di venir meno della pluralità dei soci, **l'effettuazione dei versamenti ancora dovuti** a titolo di conferimento entro novanta giorni dal venir meno della pluralità dei soci (art. 2342, co. 3).

Altra innovazione relativa alla fase di costituzione riguarda l'ammontare minimo del **capitale sociale**, innalzato da duecento milioni di lire a **centoventimila euro** (art. 2327). Il nuovo capitale minimo si applica però soltanto alle società di nuova costituzione. Le società già esistenti potranno quindi mantenere invariato il proprio capitale sociale fino al termine di durata stabilito dall'atto costitutivo se stipulato anteriormente all'1 gennaio 2004, anche nei casi in cui il capitale sia di importo inferiore a quello previsto dalla nuova disposizione.

L'art. 2328 disciplina il contenuto dell'**atto costitutivo**, da un lato semplificando alcune condizioni per la costituzione, dall'altro precisando invece determinati requisiti.

In primo luogo, la norma non prevede più la necessità di indicare nell'atto costitutivo l'ubicazione puntuale della **sede** della società, richiedendo soltanto l'indicazione del Comune. L'indirizzo della sede, comprensivo di via e numero civico e le eventuali modifiche successive dovranno pertanto essere comunicate soltanto alla Camera di Commercio all'atto dell'iscrizione nel Registro delle imprese. Questo per evitare che ogni spostamento di sede nell'ambito dello stesso Comune richieda una modifica dell'atto costitutivo con la conseguente convocazione e deliberazione dell'assemblea straordinaria.

Tra le condizioni per la costituzione non è invece più richiesta l'indicazione obbligatoria della **durata** della società che può essere anche costituita a tempo indeterminato, previo riconoscimento di un diritto di recesso a favore del socio esercitabile con un preavviso, il cui termine deve essere stabilito dallo statuto, ma che non può comunque essere superiore ad un anno (art. 2328).

Altra modifica rilevante riguarda l'indicazione dell'**oggetto sociale**. La norma precisa infatti al punto 3) che non debba essere indicato l'oggetto sociale, bensì l'**attività** che costituisce l'oggetto sociale. La precisazione è di non poco conto. La norma richiede in questo modo una descrizione precisa delle attività economiche (es. tipologia di attività, settore di attività, ecc.) che costituiscono l'oggetto sociale, non potendosi ritenere sufficienti indicazioni generiche e scarsamente determinate. Come già visto in tema di SRL, l'oggetto sociale deve quindi essere **determinato**. Tale requisito non incide sull'ampiezza delle tipologie di attività che i soci possono indicare nell'atto costitutivo, bensì sul grado di specificità e di coerenza dell'elencazione (le elencazioni lunghe possono anzi essere utili per specificare l'attività principale che viene svolta), richiedendo che le attività indicate non siano tra loro incompatibili e quindi inattuabili contemporaneamente. Possono ovviamente essere indicate attività strumentali o accessorie rispetto all'attività principale. La valutazione sulla determinatezza dell'oggetto sociale, essendo venuto meno il controllo giudiziale in sede di omologazione (l. n. 340/2000), sarà adesso rimessa al notaio rogante.



Unione mese

Notiziario mensile

Sempre all'art. 2328, ult. co., viene chiarito poi, risolvendo così alcuni dubbi sollevati dall'assenza di esplicite indicazioni nella vecchia disposizione, che in caso di **contrasto tra clausole dell'atto costitutivo e dello statuto** prevalgono queste ultime.

Infine, è stato ridotto da 30 a 20 giorni il termine entro cui il notaio che ha ricevuto l'atto costitutivo deve provvedere al deposito nel registro delle imprese (art. 2330).

Non ci sono invece novità relativamente alla **costituzione per pubblica sottoscrizione**, che è stata mantenuta ed il cui procedimento, disciplinato agli artt. 2333 segg. e finora scarsamente utilizzato perché troppo complesso, non ha subito modifiche né semplificazioni rispetto a quanto previsto dal codice civile.

E' stato invece significativamente innovato il **regime giuridico della SPA nel periodo intercorrente tra la stipula dell'atto costitutivo e l'iscrizione** nel registro delle imprese, quando cioè la società non abbia ancora acquistato la personalità giuridica. Il nuovo testo dell'art. 2331, applicabile anche alle SRL, stabilisce al secondo comma che *"Per le operazioni compiute in nome della società prima dell'iscrizione sono illimitatamente e solidalmente responsabili verso i terzi coloro che hanno agito. Sono altresì solidalmente e illimitatamente responsabili il socio unico fondatore e quelli tra i soci che nell'atto costitutivo o con atto separato hanno deciso, autorizzato o consentito il compimento dell'operazione"*. La norma specifica che la responsabilità per le operazioni compiute verso terzi non è quindi soltanto di coloro che hanno agito, ma anche dei soci che le abbiano autorizzate, chiarendo così un dubbio interpretativo sorto in applicazione della vecchia disposizione.

E' stato poi ridotto da un anno a novanta giorni il periodo di tempo decorso il quale la mancata iscrizione implica il diritto dei sottoscrittori ad ottenere dalla banca dove erano stati versati, la restituzione dei decimi (co. 4). Inoltre, viene precisato all'ultimo comma che, prima dell'iscrizione non possano essere emesse azioni e che non vi possa essere sollecitazione all'intestamento (salvo le offerte pubbliche di sottoscrizione). La norma mira a tutelare così il pubblico risparmio, evitando che finché la società non sia efficacemente costituita si formi un mercato diffuso. Ciò però non esclude che le azioni, nel senso della posizione contrattuale del socio, possano essere oggetto di trasferimento.

Con l'art. 2332, infine, è stata limitata, coerentemente con la delega, la rilevanza dei **vizi nella fase costitutiva**, escludendo quelle ipotesi che nella vigenza delle vecchie norme non si erano mai, o comunque raramente, verificate. Le nuove ipotesi di **nullità** sono quindi adesso la mancata stipulazione dell'atto costitutivo nella forma dell'atto pubblico; l'illiceità dell'oggetto sociale; la mancanza nell'atto costitutivo di ogni indicazione riguardante la denominazione della società, o i conferimenti, o l'ammontare del capitale sociale o l'oggetto sociale. Non è stata invece modificata la disciplina delle conseguenze della dichiarazione di nullità.

2. I patti parasociali

Gli artt. 2341-bis e ter introducono per la prima volta nel codice civile una disciplina dei patti parasociali stipulati nell'ambito delle SPA.

La disciplina delineata riprende i tratti essenziali di quella prevista dagli artt. 122 e 123 del TUIF e stabilisce, all'art. 2341-bis, un termine di **durata di cinque anni**, rinnovabili alla scadenza, dei *"patti, in qualunque forma stipulati, che al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società a) hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società per azioni o nelle società che le controllano; b) pongono limiti al trasferimento delle relative azioni o partecipazioni in società che le controllano; c) hanno per oggetto l'esercizio, anche congiunto di un'influenza dominante su tali società"*. Qualora le società fissino un termine di durata maggiore, il patto si intende comunque stipulato per cinque anni. E' possibile stipulare patti a tempo indeterminato, ma è previsto in questo caso il diritto a favore di ciascun contraente di recedere con un preavviso semestrale (co. 2).



Unione mese

Notiziario mensile

Il limite dei 5 anni si applica anche ai patti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto (1° gennaio 2004) e decorre dalla data della stipula (art. 223-unvicies disp. att.).

In assenza di un esplicito richiamo, l'art. 2341-bis non si applica alle società con azioni quotate, alle quali trova invece applicazione quanto previsto dall'art. 123 TUIF, che fissa un termine di durata triennale dei patti, rinnovabili alla scadenza, ovvero, anche qui, la possibilità di stipula a tempo indeterminato, previo riconoscimento di un diritto di recesso esercitabile con preavviso semestrale.

Il limite temporale stabilito dall'art. 2341-bis non si applica invece ai patti strumentali ad accordi di collaborazione nella produzione o nello scambio di beni o servizi e relativi a società interamente possedute dai partecipanti all'accordo (co. 3). Si pensi, ad esempio, alle *joint-ventures* paritetiche controllate congiuntamente dalle società partecipanti, in cui i patti di sindacato sono essenziali per garantirne il funzionamento, per le quali l'eventuale scadenza del patto potrebbe essere causa di scioglimento per impossibilità di funzionamento. Tali patti possono quindi essere stipulati per un periodo di tempo superiore a quello previsto dalla norma citata, eventualmente coincidente con il termine di durata della società.

Per le sole società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio è poi previsto un **obbligo di pubblicità** dei patti. L'art. 2341-ter stabilisce infatti che, in presenza del ricorso a capitali esterni di rischio, i patti debbano essere comunicati dai partecipanti alla stessa società e dichiarati in apertura di ogni assemblea. Tale dichiarazione deve essere poi trascritta nel verbale di assemblea da depositare presso il registro delle imprese. La sanzione per l'inadempimento agli obblighi di pubblicità è la sospensione del diritto di voto per i possessori delle azioni cui si riferisce il patto. Le deliberazioni eventualmente adottate con il voto determinante di questi ultimi sono impugnabili ai sensi dell'art. 2377.

Questa disciplina non dovrebbe invece applicarsi alle società con azioni quotate ed a quelle che le controllano, assoggettate al regime di pubblicità regolato dall'art. 122, co. 1, TUIF, che prevede: 1) un obbligo di comunicazione del patto alla Consob entro 5 giorni dalla stipula; 2) la pubblicazione del patto per estratto sulla stampa quotidiana; 3) il deposito del patto presso il registro delle imprese del luogo dove ha sede legale la società entro 15 giorni dalla stipula. E' però dubbio se a tali società debba applicarsi l'art. 2341-bis nella parte in cui prevede, per le società con titoli diffusi, l'obbligo di dichiarazione del patto in apertura di assemblea. Si tratta, infatti, di una modalità di pubblicità non disciplinata dal TUIF.

Infine, la norma non chiarisce se i c.d. **sindacati di gestione**, la cui legittimità è stata spesso dibattuta anche in sede giudiziaria, rientrino fra quelli volti a stabilizzare il governo della società genericamente citati al 2341-bis, cpv.

I sindacati di gestione sono quei patti che prevedono un'ingerenza dei soci nelle attività di gestione dell'impresa e che si distinguono dai sindacati di amministrazione, che hanno ad oggetto obblighi di previa consultazione per la nomina degli amministratori, dai patti di previa informazione e consultazione degli amministratori e da quelli che attengono al *modus procedendi* dell'organo di gestione.

In assenza di espliciti riferimenti normativi la questione della validità dei patti di gestione deve essere risolta in via interpretativa. La riforma della disciplina degli organi sociali, come si vedrà, si basa su un principio di chiara ripartizione di poteri tra organi sociali, che non ammette interferenze di ruoli e competenze tra tali organi. Sulla base di questo principio, la cui applicazione produce importanti ripercussioni anche sul regime di responsabilità, all'assemblea spetta un ruolo di indirizzo strategico e di decisione sulla struttura organizzativa della società, mentre la gestione vera e propria dell'impresa compete all'organo amministrativo. Il comma 1 dell'art. 2380-bis stabilisce infatti che *"La gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori (...)"*. Da tale norma discende che né l'assemblea, né tanto meno direttamente i soci possano in alcun modo interferire con l'attività



Unione mese

Notiziario mensile

gestionale svolta dagli amministratori. Di conseguenza, la validità di quei patti di sindacato che determinano un'ingerenza diretta dei soci nella gestione, quali appunto i sindacati di gestione, dovrebbe essere esclusa.

3. I conferimenti

La disciplina dei conferimenti ha subito alcune modifiche rispetto a quanto previsto dalle vecchie norme del codice. Le modifiche apportate sono, tuttavia, meno innovative rispetto alla materia delle SRL, a causa dei limiti contenuti nella II Direttiva (77/91/CEE) sulla formazione e mantenimento del capitale sociale delle SPA, che non si applica invece alle SRL (v. nostra precedente Circolare n. u1585 del 17/03/2003).

In primo luogo, al contrario di quanto previsto dall'art. 2464 per le SRL, i conferimenti non possono essere sostituiti dalla stipula di una polizza assicurativa o di una fideiussione bancaria, non essendo stata tale possibilità espressamente richiamata. Dovrebbe invece restare salva la possibilità di sostituire il **versamento dei decimi** (25% del capitale sociale) con la stipula della polizza o della fideiussione, secondo quanto previsto dall'art. 6 della l. n. 383/2001, non abrogato dalla riforma.

Inoltre, stante il divieto espresso di loro imputazione a capitale contenuto nella richiamata II Direttiva CEE, non è ammesso il **conferimento di opere o servizi**. Tuttavia, la previsione della possibilità di emettere strumenti finanziari diversi dalle azioni ma comunque dotati di diritti patrimoniali o partecipativi di cui all'art. 2346, ult. co., permette comunque l'acquisizione di qualsiasi elemento utile (quindi eventualmente anche una prestazione personale) per il proficuo svolgimento dell'attività sociale. In questo modo infatti, a fronte della prestazione di una determinata opera o di un dato servizio, può essere riconosciuta una forma di remunerazione che miri al coinvolgimento di chi la esegua nelle attività/risultati dell'impresa. La disciplina di questi strumenti finanziari è rimessa allo statuto, che deve stabilire *"le modalità e le condizioni di emissione, i diritti che conferiscono, le sanzioni in caso di inadempimento delle prestazioni e, se ammessa, la legge di circolazione"*.

La possibilità di apportare opere o servizi o, comunque, di valorizzare le eventuali prestazioni personali del socio, viene altresì recuperata dall'art. 2346, co. 4. Per assicurare l'acquisizione alla società di qualsiasi elemento possa rivelarsi utile allo svolgimento dell'attività di impresa, la legge delega aveva stabilito, all'art. 4, co. 5, lett. a), che dovesse essere consentito ai soci di **"regolare l'incidenza delle rispettive partecipazioni sociali sulla base di scelte contrattuali"**. Il comma 4 dell'art. 2346 dà attuazione a tale principio, prevedendo la possibilità per i soci di derogare nell'atto costitutivo alla regola generale che a ciascun socio debba essere assegnato un numero di azioni proporzionale alla parte del capitale sottoscritta. L'atto costitutivo può pertanto regolare una **diversa ripartizione delle azioni** tra i soci, i quali, a fronte di un conferimento del medesimo valore, possono ricevere un numero di azioni differente. La scelta appena descritta a favore della diversa incidenza della partecipazione sociale consente così di acquisire al patrimonio sociale non soltanto danaro o altri beni, ma anche quei conferimenti non imputabili a capitale, come le opere o i servizi, dei quali si può però tenere conto attraverso la ripartizione non proporzionale delle azioni.

L'effettività del capitale sociale viene in questo caso garantita non più, come sottolineato nella Relazione al decreto (§ 3), *"da un rigido rapporto tra valore del conferimento del singolo socio e valore nominale delle azioni che gli sono assegnate, bensì sulla base di una considerazione globale sia dei conferimenti sia del capitale stesso: il che appunto rende possibile che nei rapporti tra i soci l'assegnazione delle azioni avvenga sulla base di scelte contrattuali e quindi anche di considerazioni diverse da quella del valore del conferimento del singolo"*. Questa scelta ha richiesto la modifica dell'art. 2632 del codice civile che sanzionava come reato l'emissione sotto la pari con riferimento alle singole azioni, tale divieto è invece adesso riferito alle azioni complessivamente attribuite, il cui valore non può essere superiore rispetto all'ammontare globale del capitale sociale.



Unione mese

Notiziario mensile

In tema di azioni e, più in generale, di **strumenti di finanziamento della SPA** (quindi anche obbligazioni ed altri strumenti finanziari) si rinvia alla nostra precedente Circolare n. u1584 del 17/03/2003 per un'analisi più puntuale.

4. La disciplina degli organi sociali

L'innovazione più importante in materia di società per azioni riguarda la **disciplina degli organi sociali**. I modelli di organizzazione interna delle SPA sono stati infatti oggetto di una profonda revisione che ha portato ad una più netta ripartizione di competenze tra i diversi organi ed al riconoscimento di un'ampia flessibilità organizzativa nella configurazione degli assetti interni.

Nel riformulare la disciplina degli organi sociali i principi di riferimento per il legislatore sono stati:

- quello della **divisione dei poteri tra assemblea**, che decide chi gestisce l'impresa, organizzandola a questo scopo, **ed amministratori**, cui compete invece il ruolo gestorio vero e proprio. Principio essenzialmente riassunto all'art. 2380-bis, co. 1, che stabilisce che *"La gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale"*;
- quello della **distinzione dei ruoli e dei doveri degli amministratori delegati e non e dei componenti degli organi di controllo**, che comporta una modulazione del principio della responsabilità solidale, salvo nei casi in cui tali soggetti essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli non abbiano fatto il possibile per impedirne il compimento o per attenuarne le conseguenze. Dall'art. 2392, co. 2, è stato infatti eliminato il riferimento al dovere di vigilare sul generale andamento della gestione, quale presupposto della responsabilità solidale, sostituito, come vedremo, dalla previsione di doveri specifici;
- quello della **separazione del controllo sull'amministrazione**, di competenza dell'organo di controllo della società, **dal controllo contabile**, affidato ad un revisore esterno o a una società di revisione, già affermato dal TUIF per le società quotate, salvo, come si vedrà, l'eccezione prevista dall'art. 2409-bis, co. 3.

4.1. L'assemblea

Come si è accennato, le **competenze assembleari** non si estendono alla gestione della società, ma riguardano invece la sua organizzazione strutturale. Questa impostazione è confermata dalla nuova formulazione dell'art. 2364 che non prevede, al contrario della vecchia norma (art. 2364, n. 4), il potere per l'assemblea ordinaria di deliberare sugli altri oggetti attinenti alla gestione della società riservati alla sua competenza dall'atto costitutivo o sottoposti al suo esame dagli amministratori. Il nuovo articolo stabilisce, infatti, al n. 5 che l'assemblea *"delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea, nonché sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti"*. Pertanto, come viene chiarito nella stessa Relazione ministeriale (§ 5), neanche è riconosciuto agli amministratori di sottoporre all'assemblea, di propria iniziativa, *"operazioni attinenti alla gestione sociale; si è solo ammesso che lo statuto possa richiedere che l'assemblea autorizzi gli amministratori al compimento di determinate operazioni, ma si è precisato che resta ferma in ogni caso la responsabilità degli amministratori per gli atti compiuti, quantunque autorizzati dall'assemblea"*. La precisazione è rilevante in quanto evita quelle situazioni, spesso verificatesi in passato, che nessuno - quindi non gli amministratori che per scaricarsi della responsabilità abbiano sottoposto l'operazione all'assemblea per l'autorizzazione, né l'assemblea, la quale per definizione non è responsabile - risponda di una determinata operazione.

Le **competenze dell'assemblea ordinaria**, così come ridefinite all'art. 2364 a seguito della riforma, possono quindi essere così riassunte:

1. approvazione del bilancio;



Unione mese

Notiziario mensile

2. nomina e revoca degli amministratori; nomina dei sindaci e del presidente del collegio sindacale e, quando previsto, del soggetto al quale è demandato il controllo contabile;
3. determinazione del compenso degli amministratori e dei sindaci, se non è stabilito dallo statuto;
4. deliberazione sulla responsabilità degli amministratori e dei sindaci;
5. deliberazione sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea, nonché sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti;
6. approvazione dell'eventuale regolamento dei lavori assembleari.

Anche le **competenze dell'assemblea straordinaria** sono state circoscritte rispetto a quanto previsto in precedenza. L'art. 2365, co. 2, prevede infatti che lo statuto possa sottrarre alcuni compiti, ritenuti al limite tra le modifiche strutturali e le competenze gestorie, attribuendoli all'organo amministrativo o, nel modello dualistico, eventualmente anche al consiglio di sorveglianza. In particolare, possono essere delegate a tali organi le deliberazioni ad emettere azioni (art. 2443) o obbligazioni, anche convertibili, fino ad un ammontare determinato e per un periodo massimo di cinque anni (art. 2420-ter); quelle relative alla fusione con società interamente possedute (art. 2505) o con quelle possedute almeno al 90% (art. 2505-bis); l'istituzione o la soppressione di sedi secondarie; l'indicazione di quali fra gli amministratori hanno la rappresentanza delle società; la riduzione del capitale sociale in caso di recesso del socio; gli adeguamenti dello statuto a disposizioni normative; il trasferimento della sede sociale nel territorio nazionale. Si ricorda che a tali delibere si applica l'art. 2436 che prevede l'iscrizione nel registro delle imprese.

Nel nuovo sistema, poi, l'assemblea svolge un ruolo diverso a seconda che la società abbia optato per il modello dualistico di amministrazione e controllo oppure per il modello monistico o, ancora, per quello tradizionale italiano. Le competenze assembleari possono essere infatti più o meno estese. Nel primo caso, ovvero per le società che scelgano il modello dualistico, l'interposizione del consiglio di sorveglianza tra l'assemblea e gli amministratori determina una riduzione delle competenze assembleari a favore del consiglio di sorveglianza, al quale spetta la nomina dei componenti del comitato di gestione (quindi degli amministratori), l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nei loro confronti, nonché l'approvazione del bilancio (2409-terdecies). L'assemblea invece nomina e revoca i consiglieri di sorveglianza, determina i compensi a questi spettanti e delibera sulle loro eventuali responsabilità verso la società (art. 2364-bis). Nel caso invece di società prive di consiglio di sorveglianza l'approvazione del bilancio e l'esercizio dell'azione di responsabilità di amministratori o sindaci competono all'assemblea ordinaria, come previsto dall'art. 2364, così come la nomina e revoca di amministratori e sindaci e la determinazione del loro compenso, salvo che questo non sia già previsto dallo statuto.

In tema di formalità per la **convocazione**, l'art. 2366 prevede una semplificazione per le società che non ricorrano al mercato dei capitali di rischio, i cui statuti possono derogare all'obbligo di pubblicare l'avviso di convocazione sulla Gazzetta Ufficiale, stabilito al comma 2, e consentire la convocazione mediante avviso comunicato ai soci con mezzi che garantiscano la prova dell'avvenuto ricevimento almeno otto giorni prima dell'assemblea. La norma prevede poi espressamente, al penultimo comma, la validità dell'assemblea totalitaria anche in assenza delle formalità di convocazione, viene però fatta salva la possibilità per il socio di opporsi alla trattazione di argomenti sui quali non si ritenga sufficientemente informato. Le deliberazioni assunte nell'assemblea totalitaria devono essere comunicate anche ai componenti degli organi sociali non presenti all'assemblea, in modo da garantire lo stesso livello di informazione a tutti i membri degli organi amministrativi e di controllo della società.



Unione mese

Notiziario mensile

L'art. 2367 disciplina la **convocazione su richiesta dei soci**. A differenza della vecchia norma, che stabiliva che l'assemblea potesse essere convocata quando ne fosse stata fatta domanda dai soci rappresentanti un quinto (20%) del capitale sociale, la nuova norma riduce tale percentuale al decimo (10%), così come previsto dall'art. 125 TUIF. Rispetto al TUIF, tuttavia, in considerazione dei frequenti abusi che si sono verificati, l'art. 2367, co. 2, specifica che il tribunale provvede alla convocazione soltanto se il rifiuto degli organi amministrativi o di controllo sia ingiustificato. L'art. 2367 sostituisce adesso l'art. 125 TUIF e si applica anche alle società quotate.

Anche le norme sui **quorum** costitutivi e deliberativi sono state modificate, da un lato per favorire una più agevole adozione delle deliberazioni e, dall'altro, per apprestare adeguata tutela alle minoranze. Per assicurare quest'ultimo obiettivo in particolare è stato previsto, per le assemblee straordinarie di società che facciano ricorso a capitali di rischio, che l'assemblea è validamente costituita se sono presenti tanti soci che rappresentino almeno la metà del capitale sociale e delibera con il voto favorevole di almeno due terzi del capitale rappresentato in assemblea (art. 2368). Le azioni per le quali non può essere esercitato il diritto di voto, come ad esempio nei casi di patti parasociali non dichiarati in apertura, sono computate ai fini del **quorum** costitutivo, ma non nel **quorum** deliberativo. In quest'ultimo **quorum** non vengono neanche computate le azioni dei soci che si sono astenuti dal voto per conflitto di interessi. Quanto invece alle convocazioni successive alla seconda, nell'art. 2369 non è più espressamente prevista la possibilità di terza convocazione, rinviata invece allo statuto, che può eventualmente prevedere anche ulteriori (quarta, quinta, ecc.) convocazioni, e disciplinata dai commi 3, 4 e 5 dell'art. 2369 sulla seconda convocazione.

Lo statuto può poi prevedere (art. 2370, ult. co.) la possibilità di **intervento in assemblea** mediante mezzi di telecomunicazione (es.: videoconferenza) o anche, così come già previsto dal TUIF per le società quotate, l'esercizio del voto per corrispondenza.

Sempre in tema di intervento, a differenza del vecchio art. 2370, che stabiliva un termine di cinque giorni per il preventivo **deposito delle azioni**, il legislatore della riforma ha rimesso allo statuto della società la possibilità di richiedere il deposito preventivo o la relativa certificazione, con la specificazione che, per le società che facciano ricorso al mercato del capitale di rischio, il termine non possa essere superiore a due giorni (co. 2). Di conseguenza, in assenza di un'espressa indicazione statutaria, il preventivo deposito non è più richiesto. Attraverso questa previsione la norma mira, oltre ad eliminare le incertezze in relazione alla validità delle deliberazioni assunte dall'assemblea non preceduta da un preventivo deposito delle azioni, soprattutto a semplificare le modalità di intervento in assemblea per favorire la partecipazione dei soci. La specificazione relativa alle società che ricorrano a capitali di rischio, con la quale viene fissato un limite massimo inderogabile, è particolarmente significativa di questo obiettivo.

E' stata anche rivista la disciplina della **rappresentanza in assemblea** e delle deleghe di voto prevedendo, così come già stabilito dal TUIF, la possibilità di farsi rappresentare da società, associazioni, fondazioni o altri enti collettivi o istituzioni, che possono soltanto delegare un proprio dipendente o collaboratore (art. 2372, ult. co.). Inoltre, la previsione che la rappresentanza possa essere conferita soltanto per singole assemblee è limitata alle sole società che facciano ricorso a capitali di rischio (co. 2).

Infine, di rilievo le innovazioni al regime dell'**impugnativa delle delibere assembleari**.

In primo luogo, essendo stato analiticamente disciplinato il contenuto del **verbale** delle deliberazioni d'assemblea, sono state chiarite le incertezze di tipo interpretativo dovute all'ampia formulazione della vecchia norma. L'art. 2375 stabilisce adesso invece che *"Il verbale deve indicare la data dell'assemblea e, anche in allegato, l'identità dei partecipanti e il capitale rappresentato da ciascuno; deve altresì indicare le modalità e il risultato delle votazioni e deve consentire, anche per allegato, l'identificazione dei soci favorevoli, astenuti o dissenzienti. Nel verbale devono essere riassunte, su richiesta dei soci, le loro dichiarazioni pertinenti all'ordine del giorno"*.



Unione mese

Notiziario mensile

Inoltre, sono state individuate tassativamente le ipotesi di invalidità delle delibere assembleari. Sono stati così ridotti i vizi che ne determinano l'**annullabilità** (art. 2377), limitati ai casi di contrarietà alla legge o allo statuto e distinti esplicitamente (il vecchio testo dell'art. 2377 faceva in generale riferimento all'invalidità delle delibere) dalle ipotesi di **nullità** (art. 2379), che sussiste nei casi di mancata convocazione dell'assemblea, di mancanza del verbale e di impossibilità o illiceità dell'oggetto. Attraverso tali chiarimenti viene esclusa la rilevanza della fattispecie dell'inesistenza delle delibere, molto spesso abusata dalla giurisprudenza. E' stato anche chiarito che la mancanza di legittimazione dei partecipanti all'assemblea, l'invalidità di singoli voti o il loro errato conteggio o l'incompletezza o inesattezza del verbale non sono causa di annullamento (art. 2377, co. 4), salvo che essi non determinino alcune più gravi conseguenze espressamente previste.

L'innovazione più rilevante riguarda la possibilità di "**regolarizzare**" le **delibere annullabili** attraverso la loro sostituzione con delibere valide (art. 2377, co. 6).

Quanto ai **profili procedurali**, oltre ad aver stabilito termini di **decadenza** per la proposizione delle impugnative (90 giorni dalla data della delibera o, nei casi in cui sia previsto dalla legge, dalla data dell'iscrizione nel registro delle imprese), le nuove norme prevedono che l'**azione di annullamento** possa essere proposta soltanto dai soci che rappresentino l'uno per mille del capitale sociale nelle società che ricorrono a capitali di rischio o il cinque per cento nelle altre. Questa azione può essere sostituita, per i soci che non rappresentino la parte di capitale richiesta per proporre l'impugnativa, da un'azione per il **risarcimento dei danni** subiti a causa della non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto. Si tratta di una possibilità che riprende, generalizzandola, la tecnica sanzionatoria prevista dall'art. 2504-quater per l'atto di fusione. In questi casi il legislatore ha evidentemente privilegiato la tutela della stabilità delle delibere assembleari, quando i loro vizi siano suscettibili di incidere soltanto su una minoranza non qualificata di soci, ai quali è riconosciuta così non una tutela sul piano gestionale, bensì una tutela di tipo risarcitorio. Va tuttavia ricordato che le percentuali di capitale richieste dalla norma possono essere ridotte o escluse dallo statuto, riconoscendo così ai soci di minoranza un potere negoziale esercitabile al momento della loro entrata nella società. Ai soci di minoranza sono poi riconosciuti, come vedremo, altri strumenti di tutela, non ultimo un diritto di recedere dalla società.

Le regole appena viste non si applicano invece nel caso di delibere nulle, che sono impugnabili da tutti i soci a prescindere dalla quota di partecipazione detenuta. L'art. 2379 stabilisce infatti, conformemente alle disposizioni generali del codice civile in tema di nullità, che la delibera nulla possa essere impugnata da **chiunque** vi abbia interesse (quindi anche soggetti terzi).

E' infine importante segnalare che il legislatore ha ammesso una possibilità di **sanatoria** generale della **nullità** nel caso in cui siano trascorsi tre anni dall'iscrizione della delibera nulla nel registro delle imprese o, nel caso in cui ciò non sia necessario, dalla trascrizione nel libro delle adunanze, nonché cause sananti speciali (brevi termini di decadenza) per alcuni casi di delibere nulle (art. 2379-bis).

4.2. I sistemi di amministrazione e controllo

Come si accennava, una delle innovazioni principali consiste nell'aver rivisto sostanzialmente la disciplina degli organi sociali, con particolare riguardo ai sistemi di amministrazione e controllo.

Oltre alla previsione di tre diversi modelli tra cui le società possono scegliere, aspetto che affronteremo tra breve, vale la pena richiamare l'attenzione sull'impostazione generale della nuova disciplina, che prevede: una più chiara delimitazione di compiti tra amministratori non delegati, amministratori delegati ed organo di controllo, che porta, come si è accennato, ad una modulazione delle rispettive responsabilità, con la conseguente attenuazione del principio della responsabilità solidale ed una separazione tra le funzioni di controllo contabile da quelle di controllo sull'amministrazione.



Unione mese

Notiziario mensile

In via preliminare è importante richiamare una norma di coordinamento, l'art. 223-septies disp. att., che stabilisce che *"Se non diversamente disposto, le norme del codice civile che fanno riferimento agli amministratori e ai sindaci trovano applicazione, in quanto compatibili, anche ai componenti del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza, per le società che abbiano adottato il sistema dualistico, e ai componenti del consiglio di amministrazione e ai componenti del comitato interno per il controllo sulla gestione, per le società che abbiano adottato il sistema monista. Ogni riferimento al collegio sindacale o ai sindaci presente nelle leggi speciali è da intendersi effettuato anche al consiglio di sorveglianza e al comitato per il controllo sulla gestione o ai loro componenti, ove compatibile con le specificità di tali organi"*.

4.2.1. La nuova configurazione di doveri e responsabilità dei componenti degli organi sociali

Quanto al primo punto, la **struttura di doveri e responsabilità** secondo la nuova impostazione prevede una netta ripartizione di compiti, e quindi una precisa individuazione dei doveri, tra i vari soggetti, che possono essere così riassunti:

1. **Presidente del Consiglio di Amministrazione** (o del Consiglio di Gestione per il sistema dualistico): a) convoca il consiglio; b) ne fissa l'ordine del giorno; c) ne coordina i lavori e provvede affinché vengano fornite a tutti i consiglieri adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno (art. 2381, co. 1). Il ruolo del presidente è quindi di **organizzare il funzionamento del consiglio di amministrazione**. Questo chiarimento consente di distinguere il ruolo del presidente rispetto a quello dell'amministratore delegato, evitando le sovrapposizioni e le ambiguità che si sono spesso verificate nella pratica;

2. **Consiglio di Amministrazione** collegialmente (o Consiglio di Gestione per il sistema dualistico): a) determina il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio delle deleghe; b) può impartire direttive agli organi delegati o avocare a sé operazioni rientranti nella delega; c) in base alle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; d) quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; e) valuta sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione (art. 2381, co. 2). Ruolo del consiglio di amministrazione nella sua collegialità e, in particolare, degli amministratori non esecutivi, è di **valutare l'attività svolta dagli amministratori delegati, impartendo loro direttive di indirizzo, e partecipare al processo decisionale**;

3. **Organi delegati** (amministratori esecutivi): a) curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa; b) riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione, nonché sulle operazioni di maggior rilievo effettuate dalla società e dalle sue controllate (art. 2381, co. 3). Ruolo degli amministratori esecutivi è di **organizzare la società e compiere le operazioni di gestione**, quindi un ruolo operativo diretto;

4. **Organo di controllo**: a) vigila sull'osservanza della legge e dello statuto; b) vigila sul rispetto dei principi di corretta amministrazione; c) vigila sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento (art. 2403, co. 1). All'organo di controllo compete la **vigilanza vera e propria sull'amministrazione**.

A questa specificazione di compiti consegue, come si accennava, una **diversa attribuzione di responsabilità**, disciplinata adesso dal nuovo art. 2392 in maniera innovativa rispetto al passato. L'individuazione specifica di competenze si sostituisce, infatti, all'obbligo di vigilanza sul *"generale andamento della gestione"* genericamente affermato dal vecchio art. 2392, co. 2, inciso ora soppresso, e consente, pur mantenendo il principio della responsabilità solidale, di graduarne la portata, commisurando la responsabilità dei singoli organi e dei loro componenti ai compiti loro specificamente attribuiti dalla legge. Così, mentre in passato era facile estendere la responsabilità in uguale misura a tutti i componenti degli organi sociali, a prescindere dalle diverse, specifiche



Unione mese

Notiziario mensile

attribuzioni, configurando una responsabilità di fatto oggettiva, i chiarimenti aiutano a meglio circoscrivere le varie ipotesi di responsabilità.

A questa riformulazione delle responsabilità, che ne comporta un'attenuazione rispetto al passato per gli amministratori non esecutivi, corrisponde invece, un aggravamento nel caso in cui l'amministratore sia portatore di un interesse proprio rispetto a quello della società. La modifica dell'art. 2391 in tema di **conflitto di interessi** stabilisce infatti un regime di responsabilità più rigoroso rispetto al passato per simili ipotesi, prevedendo specifici obblighi e responsabilità a carico degli amministratori.

La nuova norma, completamente riscritta rispetto al vecchio articolo, introduce sostanziali innovazioni, attraverso la previsione di un obbligo per gli amministratori di comunicare agli altri amministratori ed all'organo di controllo qualsiasi interesse, anche non in conflitto con quello della società, che per conto proprio o di terzi abbiano in determinate operazioni, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata. Qualora si tratti di amministratore delegato, questi deve altresì astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'intero consiglio di amministrazione (co. 1). Quando sussista un interesse dell'amministratore, la deliberazione del consiglio dovrà motivare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione.

La norma prevede poi che la delibera può essere impugnata quando:

1. non siano stati adempiuti gli obblighi di informativa o la delibera non sia stata adeguatamente motivata;
2. se adottata con il voto determinante dell'amministratore interessato, possa arrecare danno alla società.

Sono legittimati ad impugnare gli amministratori ed il collegio sindacale entro novanta giorni dalla data di adozione della delibera. La delibera non può invece essere impugnata dall'amministratore che, una volta informato dell'esistenza dell'interesse, abbia comunque votato a favore.

Gli amministratori interessati rispondono dei danni derivanti alla società dalle proprie azioni o omissioni.

Infine, l'ultimo comma dell'art. 2391 prevede che l'amministratore risponda dei danni derivati alla società dalla utilizzazione a vantaggio proprio o di terzi di dati, notizie o opportunità di affari appresi nell'esercizio del suo incarico.

Gli elementi innovativi della disposizione possono così riassumersi:

a) non è più richiesto che l'interesse dell'amministratore sia in **conflitto** con quello della società. E' sufficiente infatti che l'amministratore sia portatore di un interesse proprio o di terzi per far scattare il meccanismo previsto dalla norma, anche se tale interesse coincide con quello della società. Quindi, se un'operazione, oltre ad avvantaggiare la società, perseguendo l'interesse dei soci, possa comportare vantaggi anche per l'amministratore non ricollegabili alla sua attività all'interno della società, dell'interesse personale dell'amministratore in tale operazione va data notizia;

b) il **rimedio preventivo** previsto non è più l'obbligo di astenersi dal voto per l'amministratore interessato, bensì l'obbligo di **comunicare** l'interesse. La norma ha una portata innovativa in quanto mira a perseguire in questo modo la trasparenza in ordine all'operato degli amministratori, garantendo allo stesso tempo l'operatività del consiglio: infatti, anche l'obbligo previsto in capo all'amministratore delegato di astenersi dal compiere l'operazione rimettendola all'organo collegiale non pregiudica la possibilità per l'amministratore interessato di esercitare il voto una volta rimessa l'operazione al consiglio;

c) è imposto al consiglio un obbligo di **motivare** le ragioni e la convenienza dell'operazione per la società;



Unione mese

Notiziario mensile

d) il **rimedio successivo** applicabile per violazione degli obblighi previsti dalla norma (comunicazione o astensione) o nel caso di danno per la società è l'impugnativa della delibera, unitamente alla responsabilità degli amministratori interessati per i danni arrecati alla società;

e) è stato per la prima volta disciplinato e sanzionato lo sfruttamento delle c.d. **corporate opportunities** da parte degli amministratori (ult. co.).

4.2.2. Il principio della separazione dei controlli

Il principio della **separazione delle funzioni di controllo contabile da quelle di controllo sull'amministrazione** definitivamente sancito con la riforma è invece stato direttamente ripreso dal TUIF, che espressamente attribuisce (artt. 155 segg.), sottraendoli collegio sindacale, una serie di compiti alla società di revisione contabile. In particolare, la società di revisione deve verificare la regolare tenuta della contabilità sociale e la corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili, nonché che il bilancio di esercizio e il bilancio consolidato corrispondano alle risultanze delle scritture contabili e degli accertamenti eseguiti e che siano conformi alle norme che li disciplinano. Al collegio sindacale spetta invece il vero e proprio controllo sull'amministrazione, che il TUIF riassume, all'art. 149, nella vigilanza sull'osservanza da parte degli amministratori della legge e dell'atto costitutivo, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile.

L'art. 2409-bis, sulla falsa riga del TUIF, stabilisce quindi il principio generale che il **controllo contabile** sulla società sia esercitato da un **revisore contabile** o da una **società di revisione** iscritti nel registro istituito presso il Ministero della Giustizia. In particolare, la norma specifica che per le società che facciano ricorso al mercato dei capitali di rischio il controllo contabile possa essere esercitato soltanto da una società di revisione contabile iscritta all'albo dei revisori.

Questo principio generale, tuttavia, viene derogato dal terzo comma dell'art. 2409-bis, che prevede espressamente che lo statuto delle società non facciano ricorso al mercato dei capitali di rischio, che non siano tenute alla redazione del bilancio consolidato e che abbiano optato, per i motivi che vedremo nel seguito, per il modello di amministrazione e controllo tradizionale (quello cioè basato su CdA/collegio sindacale) possa *"prevedere che il controllo contabile sia esercitato dal collegio sindacale. In tal caso il collegio sindacale è costituito da revisori contabili iscritti nel registro istituito presso il Ministero della giustizia"*.

Al revisore contabile, oltre al controllo contabile, compete anche la verifica, con periodicità almeno trimestrale, della corretta rilevazione nelle scritture contabili dei fatti di gestione (art. 2409-ter, co. 1, lett. a).

Per assicurare che il controllo legale dei conti venga svolto in maniera efficace, la legge prevede che tra il soggetto incaricato del controllo contabile e gli organi di controllo e amministrativi debba esserci un adeguato flusso informativo (art. 2409-septies e art. 2381, co. 5).

Il **regime di responsabilità dei soggetti incaricati del controllo contabile** è analogo a quello previsto per i sindaci (l'art. 2409-sexies richiama infatti l'art. 2407). Essi sono inoltre responsabili verso la società ed i soci per gli eventuali danni causati dall'inadempimento ai loro doveri. Nel caso in cui il controllo sia svolto da una società di revisione, le persone fisiche che abbiano effettuato i controlli sono responsabili in solido con la società di revisione. La responsabilità per tali soggetti, così come per i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società, è illimitata in quanto deriva da violazioni colpevoli ai doveri che essi sono tenuti ad adempiere diligentemente. Tuttavia, così come chiarito nella citata Relazione al decreto (§ 6.8), anche in questo caso la responsabilità deve *"valutarsi in relazione a ciascuno dei vari soggetti solidalmente responsabili, in modo*



Unione mese

Notiziario mensile

da evitare in radice un'indebita estensione della responsabilità solidale a soggetti che abbiano svolto con diligenza i loro specifici compiti".

4.2.3. I modelli di governance

La possibilità di scegliere tra tre **modelli di amministrazione e controllo** costituisce uno dei punti qualificanti della nuova regolamentazione delle SPA. Coerentemente con il dettato della delega (art. 4, co. 8, lett. d), sono stati infatti introdotti due sistemi ulteriori rispetto a quello tradizionalmente disciplinato nel nostro ordinamento, basato sulla presenza del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale.

Il decreto delegato ha infatti previsto e regolato specificamente, come vedremo: il modello monistico, che riprende il sistema anglosassone e si basa sulla presenza di un unico organo, il consiglio di amministrazione, all'interno del quale viene costituito un comitato per il controllo sulla gestione, ed il modello dualistico, tipico invece della tradizione societaria tedesca, che prevede due organi separati: il consiglio di sorveglianza ed il consiglio di gestione.

Una simile possibilità di scelta prende spunto dal **Regolamento 2157/2001/CE relativo allo Statuto di Società Europea** (v. nostra Circolare n. 16768), che prevede per le società che adottino lo Statuto di Società Europea sia la possibilità di optare per il sistema dualistico, disciplinato all'art. 39, che per il sistema monistico, regolato dall'art. 43. In particolare, quanto ai tratti salienti del primo sistema, l'art. 39 conferisce all'organo di amministrazione la responsabilità della gestione della SE ed attribuisce all'organo di supervisione il potere di designare e rimuovere i componenti dell'organo amministrativo. Gli Stati membri possono tuttavia modificare questa competenza dell'organo di supervisione, attribuendo i relativi poteri di designazione e rimozione degli amministratori all'assemblea dei soci. All'organismo di supervisione non possono essere conferiti poteri gestori. L'art. 43 stabilisce, invece, con riguardo al sistema monistico, i meccanismi di funzionamento dell'organo amministrativo, disponendo che i suoi componenti debbano essere designati dall'assemblea, salvo quanto previsto dalla direttiva in tema di designazione dei rappresentanti dei lavoratori.

Qui di seguito verranno esaminate le caratteristiche specifiche dei due sistemi così come disciplinati dal decreto n. 6/2003. Quanto al modello tradizionale italiano si rinvia a quanto detto in generale in tema di amministrazione e controlli (§ 4.2.1 e 4.2.2).

E' comunque opportuno ricordare che le imprese non sono obbligate a scegliere un modello specifico. In caso di mancata esplicita indicazione statutaria della società, si applica infatti di *default* il modello italiano. La scelta statutaria a favore di uno dei due modelli alternativi può essere fatta, peraltro, sia in sede di costituzione che, successivamente, attraverso una modifica dello statuto. Quest'ultima possibilità vale anche per tutte le società esistenti alla data di entrata in vigore della riforma (1 gennaio 2004), le quali possono in qualsiasi momento, senza limiti di tempo, modificare il proprio statuto, optando per un diverso sistema di amministrazione e controllo.

i. Modello monistico

Il sistema monistico si basa sulla presenza di un unico organo, il consiglio di amministrazione, all'interno del quale viene costituito un comitato per il controllo sulla gestione.

Si tratta di un sistema che deriva dalla prassi anglosassone, dove era tradizionalmente presente all'interno delle *public limited companies* (l'equivalente delle nostre società per azioni) il solo *Board of Directors*, con compiti di amministrazione, mentre i controlli contabili erano attribuiti ad un soggetto esterno alla società, il revisore o la società di revisione. Negli anni '70, però, successivamente allo scandalo Lockheed, emerse l'esigenza per le



Unione mese

Notiziario mensile

società statunitensi prima e poi anche britanniche di dotarsi di comitati interni al consiglio di amministrazione con compiti di controllo sull'operato degli amministratori, da qui la nascita dei c.d. *Audit Committees*.

Questo modello, già in parte riprodotto nel 1999 dal Codice di Autodisciplina per le Società Quotate sulla *corporate governance* adottato volontariamente dalle società quotate nell'ambito della Borsa Italiana SpA, è stato ripreso con alcuni adattamenti, dal legislatore della riforma.

Il sistema di amministrazione nel modello monistico è molto simile a quello tradizionale. Le competenze del **consiglio di amministrazione**, al quale è attribuita la funzione gestoria, sono disciplinate infatti in entrambi i casi dalle stesse norme (artt. 2380-bis segg., espressamente richiamati dal primo comma dell'art. 2409-noviesdecies). Le uniche differenze sono dovute all'esigenza di costituire nell'ambito del consiglio un organismo che svolga la funzione di controllo ed i cui componenti, che sono allo stesso tempo componenti del consiglio di amministrazione, siano dotati di determinati requisiti (devono cioè essere indipendenti e non esecutivi). Pertanto, così come previsto dall'art. 2409-septiesdecies, co. 2, "*almeno un terzo dei componenti del consiglio di amministrazione deve essere in possesso dei requisiti di indipendenza stabiliti per i sindaci dall'articolo 2399, primo comma, e, se lo statuto lo prevede, di quelli al riguardo previsti da codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati*". Inoltre, l'amministrazione non può essere affidata, al contrario che nel sistema tradizionale, ad un amministratore unico (è cioè necessaria una pluralità di amministratori).

Sono invece diversi rispetto al collegio sindacale sia la collocazione e la composizione, che anche il ruolo del **comitato per il controllo sulla gestione**.

Come si è accennato, tale comitato è costituito all'interno del consiglio di amministrazione e si compone di amministratori indipendenti che non svolgano, neanche di mero fatto, funzioni esecutive ed ai quali non siano attribuite deleghe o altre cariche. Oltre al fondamentale requisito dell'indipendenza, i componenti del comitato devono essere anche dotati dei requisiti di onorabilità e professionalità stabiliti dallo statuto. Tra l'altro, è richiesto che almeno uno degli amministratori che compongono il comitato debba essere scelto fra gli iscritti nel registro dei revisori contabili istituito presso il Ministero della Giustizia (art. 2409-octiesdecies, co. 3).

Il comitato svolge funzioni di controllo sull'amministrazione. In particolare, il comitato vigila sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo e contabile, nonché sulla sua idoneità a rappresentare correttamente i fatti di gestione e svolge gli ulteriori compiti affidatigli dal consiglio di amministrazione con particolare riguardo ai rapporti con i soggetti incaricati del controllo contabile (art. 2409-octiesdecies, co. 5, lett. a e b).

Rispetto al collegio sindacale le principali differenze possono essere così riassunte: il comitato per il controllo sulla gestione non può in nessun caso svolgere funzioni di controllo contabile, che devono essere attribuite, anche nelle società che non ricorrano al mercato dei capitali di rischio, ad un revisore esterno. Non si applica quindi l'art. 2409-bis, co. 3, che invece prevede tale possibilità per le sole società che abbiano optato per il modello tradizionale con il collegio sindacale. Al comitato per il controllo sulla gestione è poi espressamente attribuita una funzione di raccordo rispetto al sistema dei controlli interni della società, sul quale è tenuto a vigilare, funzione invece non attribuita, almeno esplicitamente, al collegio sindacale.

ii. Modello dualistico

Il modello dualistico si basa invece sulla compresenza di due organi distinti all'interno della società: un consiglio di gestione ed un consiglio di sorveglianza. Al consiglio di gestione compete il ruolo gestionale della società, mentre la vigilanza sull'amministrazione spetta al consiglio di sorveglianza. Tuttavia, rispetto agli organi di controllo previsti negli altri sistemi di amministrazione e controllo, il consiglio di sorveglianza svolge un ruolo



Unione mese

Notiziario mensile

"ibrido", assommando alla funzione di controllo anche competenze di carattere differente, tradizionalmente spettanti all'assemblea dei soci: l'approvazione del bilancio e la decisione sulla ripartizione degli utili, nonché l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità dei componenti del consiglio di gestione. Il consiglio di sorveglianza nel sistema delineato dal legislatore della riforma si colloca così a metà strada tra l'organo di controllo e l'assemblea.

Questa attribuzione di compiti ulteriori rispetto a quelli tradizionalmente riconosciuti all'organismo di controllo nel nostro ordinamento risponde in parte alla peculiare configurazione di tale organo nel paese di origine. In Germania, infatti, il consiglio di sorveglianza (*Aufsichtsrat*) svolge un ruolo non soltanto di vigilanza sul consiglio di gestione (*Vorstand*), bensì una funzione di alta amministrazione, o direzione strategica.

Il legislatore italiano, tuttavia, non ha rispettato in pieno la configurazione del consiglio di sorveglianza propria del sistema tedesco, affievolendone i compiti di alta direzione a favore di quelli di vigilanza propri del collegio sindacale. Ciò che si è riflettuto anche sulla composizione di quest'organo che, in Italia, non vede la presenza di rappresentanze dei lavoratori, presenti invece nei consigli di sorveglianza delle società tedesche.

I componenti del **consiglio di sorveglianza**, che non possono essere meno di tre (lo statuto può infatti stabilire soltanto un numero maggiore), sono designati dall'assemblea anche tra i non soci (art. 2409-duodecies). Considerata la funzione di vigilanza sull'amministrazione cui il consiglio deve adempiere è necessario che almeno uno dei suoi componenti sia iscritto al registro dei revisori contabili istituito presso il Ministero della Giustizia. I consiglieri di sorveglianza sono rieleggibili, salvo diversa previsione statutaria, e revocabili in qualsiasi tempo, anche senza giusta causa, salvo, in quest'ultimo caso, il risarcimento degli eventuali danni.

La revocabilità dei consiglieri di sorveglianza anche senza giusta causa - a differenza dei sindaci, revocabili invece soltanto per giusta causa - è giustificata dalla sostanziale differenza del ruolo e delle funzioni svolte dal consiglio di sorveglianza rispetto al collegio sindacale. Il ruolo dei consiglieri di sorveglianza non può essere infatti ricondotto automaticamente a quello svolto dai sindaci, né è una prova il fatto che ad essi siano attribuiti compiti diversi da quelli di mera vigilanza (si pensi, ad esempio, all'approvazione del bilancio). Per tale motivo è individuabile tra i consiglieri di sorveglianza ed i soci un rapporto fiduciario simile a quello che, nei sistemi monistico o tradizionale, intercorre tra amministratori e soci. I soci nominano infatti i membri del consiglio di sorveglianza e devono, pertanto, poterli revocare, anche senza giusta causa, così come avviene per gli amministratori quando il rapporto fiduciario venga meno.

La sostanziale diversità di ruolo rispetto al collegio sindacale, nonché il rapporto peculiare che intercorre tra consiglieri di sorveglianza e soci, fa anche sì che ai consiglieri di sorveglianza non possa applicarsi integralmente la norma che stabilisce le cause di ineleggibilità e decadenza dei sindaci (art. 2399). L'art. 2399 si applica infatti soltanto limitatamente alla parte in cui prevede l'ineleggibilità e, se eletti, la loro decadenza, dei soggetti che *"sono legati alla società o alle società da questa controllate o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza"* (co. 1, lett. c). Lo statuto può però prevedere ulteriori cause di ineleggibilità e decadenza, nonché cause di incompatibilità e limiti all'assunzione degli incarichi. Sempre lo statuto può subordinare l'assunzione dell'incarico all'esistenza di requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza.

Anche al modello dualistico non è applicabile la disposizione dell'art. 2409-bis, co. 3, per le stesse ragioni viste con riguardo al modello monistico.

L'art. 2409-terdecies elenca nel dettaglio le competenze del consiglio di sorveglianza, il quale *"a) nomina e revoca i componenti del consiglio di gestione e ne determina il compenso, salvo che la relativa competenza sia attribuita dallo statuto all'assemblea; b) approva il bilancio di esercizio e, ove redatto, il bilancio consolidato; c)*



Unione mese

Notiziario mensile

esercita le funzioni di cui all'articolo 2403, primo comma; d) promuove l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dei componenti del consiglio di gestione; e) presenta la denuncia al tribunale di cui all'articolo 2409; f) riferisce per iscritto almeno una volta all'anno all'assemblea sull'attività di vigilanza svolta, sulle omissioni e sui fatti censurabili rilevati". Tuttavia, la norma stabilisce, al comma 2, che lo statuto possa "prevedere che in caso di mancata approvazione del bilancio o qualora lo richieda almeno un terzo dei componenti del consiglio di gestione o del consiglio di sorveglianza la competenza per l'approvazione del bilancio di esercizio sia attribuita all'assemblea".

Il consiglio di sorveglianza nomina poi, a sua volta, i componenti del **consiglio di gestione**. Al consiglio di gestione, che può delegare, così come previsto per il consiglio di amministrazione, alcune attribuzioni ad uno o più dei suoi componenti, spetta in esclusiva la gestione dell'impresa (2409-novies). Ad esso, inoltre, sono applicabili le norme che disciplinano il consiglio di amministrazione espressamente richiamate dall'art. 2409-undecies.

Sul ruolo dell'assemblea nelle società che adottino il modello dualistico si è già detto al § 4.1.

Date le caratteristiche del sistema appena viste, così come sottolineato nella Relazione al decreto (§ 6.1.I), il modello dualistico è il modello di amministrazione e controllo che "*più realizza la dissociazione tra proprietà (dei soci) e potere (degli organi sociali)*".

5. Gli strumenti a tutela dei soci

La tutela dei soci nella disciplina delle SPA tracciata dalla riforma si articola su diversi piani e si realizza attraverso:

- mezzi di tipo partecipativo (c.d. *voice*: partecipazione consapevole all'assemblea);
- possibilità di uscire dalla società (c.d. *exit*: recesso);
- azioni giudiziarie (impugnativa/risarcimento per le delibere assembleari, azioni sociali di responsabilità, denunce al tribunale per gravi irregolarità).

Il primo aspetto è stato affrontato nella parte relativa all'assemblea, unitamente alla disciplina dei casi di invalidità delle delibere assembleari (§ 4.1). Di seguito affronteremo il tema del recesso, che ha subito profonde innovazioni a seguito della riforma, e la disciplina delle azioni sociali di responsabilità e delle denunce al tribunale per i casi di gravi irregolarità.

5.1. Il recesso

L'esercizio del recesso da parte del socio rappresenta lo strumento estremo di tutela nel caso di **cambiamenti sostanziali** della società (dell'iniziativa economica cui il socio partecipa).

Già la legge delega, attraverso la previsione che allo statuto dovesse essere rimessa la possibilità di **ampliare le cause di recesso**, intendeva valorizzare tale istituto. L'art. 2437 recepisce questo orientamento estendendo le ipotesi in cui è ammesso il recesso del socio. In particolare, la norma, che comporta un aumento del numero delle cause di recesso, le distingue in tre categorie:

1. **cause di recesso necessarie**, su cui cioè l'autonomia contrattuale non può incidere (co. 1). Si tratta in particolare dei casi di modifica dell'oggetto sociale, trasformazione della società, trasferimento della sede sociale all'estero, revoca dello stato di liquidazione, eliminazione di una o più cause di recesso previste al co. 2 o dallo statuto, modifica dei criteri di determinazione del valore delle azioni per i casi di recesso, modifiche dello statuto concernenti i diritti di voto o di partecipazione;



Unione mese

Notiziario mensile

2. **cause di recesso previste dalla legge ma derogabili contrattualmente** (lo statuto può eliminarle), previste al co. 2: proroga del termine della società e introduzione o rimozione di vincoli alla circolazione delle azioni;

3. **cause di recesso** che i soci delle società che non facciano ricorso al mercato dei capitali di rischio possono introdurre **a livello statutario** (co. 4) e la cui individuazione è completamente lasciata all'autonomia dei soci.

Si ricorda che il diritto di recesso è sempre riconosciuto nei casi di costituzione della **società a tempo indeterminato** (co. 3).

I termini e le modalità di esercizio del recesso sono stabiliti all'art. 2437-bis. L'art. 2437-ter disciplina invece i **criteri di liquidazione della quota**. Si tratta di un punto su cui la riforma ha inciso significativamente, cercando di mediare tra le esigenze del recedente ad ottenere un'equa liquidazione e quelle della società a non subire una diminuzione patrimoniale suscettibile di pregiudicarne la continuità. La norma fissa quindi dei criteri di liquidazione che fanno riferimento alla "consistenza patrimoniale" ed alle "prospettive reddituali" come possibile correttivo della situazione patrimoniale, consentendo così di svincolarsi dai meri dati contabili. E' tuttavia previsto che lo statuto possa dare diverse indicazioni.

Rispetto al rimborso diretto mediante riacquisto da parte della società stessa, il **processo di liquidazione** è stato arricchito con altre due ipotesi (art. 2437-quater): **l'offerta in opzione** delle azioni ai soci non recedenti e, per le azioni non optate, il **collocamento presso terzi** (nel caso di azioni quotate il procedimento è quello dell'offerta pubblica).

5.2. Le azioni giudiziarie

Oltre all'**azione sociale di responsabilità** disciplinata dall'art. 2393, che non ha subito modifiche di rilievo (fatte salve alcune precisazioni), la riforma introduce all'art. 2393-bis la possibilità che anche nelle società non quotate una **minoranza qualificata di soci** possa esercitare l'azione sociale di responsabilità.

Si tratta di una possibilità già disciplinata dall'art. 129 TUIF, che riconosce ai soci che rappresentino almeno il 5% del capitale sociale di una società quotata la possibilità di esercitare l'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori, i sindaci e i direttori generali.

Rispetto alla norma del TUIF, l'art. 2393-bis differenzia i presupposti soggettivi a seconda che la società sia quotata o comunque ricorra al mercato dei capitali di rischio o, invece, sia una società chiusa. Mentre nel primo caso la percentuale di capitale richiesta per la proposizione dell'azione è del 5% (co. 2), così come previsto anche dal TUIF, nel secondo caso (co. 1) la percentuale è del 20%. In entrambi i casi la quota di partecipazione è derogabile dallo statuto. Mentre nelle società aperte, però, la deroga è ammessa solo verso il basso (è cioè possibile fissare soltanto percentuali inferiori), nelle società chiuse il legislatore, per venire incontro alle esigenze di società caratterizzate da una ristrettissima compagine sociale, in cui la percentuale richiesta potrebbe creare problemi nel senso di un eccesso di conflittualità, la misura della partecipazione richiesta ai fini della proposizione dell'azione può essere aumentata fino ad un terzo del capitale sociale.

Altra azione a disposizione dei soci nel caso di gravi irregolarità nella gestione commesse dagli amministratori è la **denuncia al tribunale** regolata dall'art. 2409, norma alla quale sono state apportate varie modifiche.

Anche questa norma differenzia i presupposti soggettivi per la denuncia a seconda che la società ricorra o meno a capitali esterni di rischio. Mentre nel caso di società chiuse la percentuale di capitale richiesta è del 20%, per le società aperte tale percentuale è del 5% (co. 1). Tali percentuali possono essere soltanto ridotte dallo statuto. Sempre in tema di legittimazione ad agire, la norma ne prevede l'estensione al collegio sindacale (o consiglio di



Unione mese

Notiziario mensile

sorveglianza o comitato per il controllo sulla gestione) e, per le sole società che facciano ricorso al mercato del capitale di rischio, in considerazione degli interessi diffusi da tutelare, al pubblico ministero (ult. co.).

La nuova norma richiede inoltre la potenzialità dannosa delle irregolarità (cioè che queste possano recare danno alla società). Inoltre, essa introduce, sempre al co. 1, la possibilità per i soci della controllante di denunciare anche le irregolarità commesse dagli amministratori delle società controllate.

Altra importante novità riguarda i rimedi applicabili. In questo caso, così come si è già visto in tema di impugnativa delle delibere assembleari, il legislatore sembra privilegiare i rimedi endosocietari. Al terzo comma è infatti previsto che *"Il tribunale non ordina l'ispezione e sospende per un periodo determinato il procedimento se l'assemblea sostituisce gli amministratori e i sindaci con soggetti di adeguata professionalità che si attivano senza indugio per accertare se le violazioni sussistono e, in caso positivo, per eliminarle, riferendo al tribunale sugli accertamenti e le attività compiute"*.

Per informazioni: Servizio Fiscale – 035.275.223/221/289/222/216