

**SBOBINATURE**

**DI**

**DIRITTO DELLE SOCIETÀ**

**(corso progredito)**

**Prof. Antonio Cetra**

**Anno Accademico 2020 - 2021**

L’esame inizierà con una domanda su un caso riportato nelle esercitazioni messe a disposizione per ogni settimana di lezione per l’a.a. 2020/2021. Lo stesso proseguirà, poi, con un argomento generale che consentirà di verificare la completezza della preparazione e la padronanza delle questioni proposte (dalle risposte a queste due domande dipenderanno i primi 18 punti); si passerà, poi, eventualmente (se si è sufficienti alle prime due domande), ad una o a due ulteriori domande più specifiche che consentiranno di cogliere la capacità argomentativa e critica, anche in base alla capacità di mettere in relazione le diverse parti del programma (da questa valutazione dipenderanno fino a 7 punti), e la proprietà linguistica (da questa valutazione dipenderanno fino a 5 punti).

**INDICE**

**1° settimana (23-24 febbraio 2021) – Dettaglio sugli argomenti delle lezioni**

La costituzione delle società di capitali (società azionaria e s.r.l.). Richiami sulla disciplina della nullità *ex* art. 2332 c.c.

La struttura finanziaria delle società di capitali.

La società per azioni: *a*) la formazione del capitale sociale (conferimenti in denaro e conferimenti diversi dal denaro).

La società a responsabilità limitata: *a*) la formazione del capitale sociale (conferimenti in denaro e conferimenti diversi dal denaro).

Tale parte di programma corrisponde alla seguente parte del manuale di riferimento (v. avviso Programma del corso e bibliografia): §§ 9, 10, I, II, III; 25; 11, I, II, III; 26, I (pp. 175-229; 236-254; 667-689).

**2° settimana (2-3 marzo 2021) – Dettaglio sugli argomenti delle lezioni**

La struttura finanziaria delle società di capitali. Il capitale sociale: concetto e funzione. Il capitale sociale minimo: il problema nelle s.r.l. a capitale ridotto e semplificate. La riduzione del capitale sociale (volontaria e obbligatoria).

La dimensione del capitale sociale: il problema della manifesta inadeguatezza rispetto l’oggetto sociale (c.d. sottocapitalizzazione materiale).

La formazione del capitale sociale: *a*) i conferimenti in denaro nella s.p.a. e nella s.r.l.

Tale parte di programma corrisponde alle seguente parte del manuale di riferimento (v. avviso Programma del corso e bibliografia): §§ 11, I, II, III, 1; 12, III; 26, I (pp. 236-246; 283-291; 683-694).

**3° settimana (9-10 marzo 2021) – Dettaglio sugli argomenti delle lezioni**

La formazione del capitale sociale: *b*) i conferimenti diversi dal denaro in denaro nella s.p.a. e nella s.r.l.: - i conferimenti in natura; i conferimenti di opere e servizi.

L’aumento del capitale sociale nella s.p.a. e nella s.r.l.

I conferimenti di patrimonio.

Tale parte di programma corrisponde alle seguente parte del manuale di riferimento (v. avviso Programma del corso e bibliografia): §§ 11, III, 2, 3, 4, IV, V; 12, II; 26, I, 3 (pp. 246-260; 265-283; 689-694).

**4° settimana (16-17 marzo 2021) – Dettaglio sugli argomenti delle lezioni**

I finanziamenti dei soci diversi dai conferimenti: gli apporti fuori capitale; i prestiti dei soci.

La partecipazione azionaria. Le azioni. Le categorie di azioni e relativa disciplina. Il problema dei diritti particolari degli azionisti (artt. 2449 c.c., 127-*quater* e 127-*quinquies* t.u.f.)

Tale parte di programma corrisponde alle seguente parte .del manuale di riferimento (v. avviso Programma del corso e bibliografia): §§ 11, IV, 1; 12, I; 13; 26, III, 1 (pp. 254-258; Cass., 29325/2020; 29330/2020; 261-265; 292-324; 707-710; Cass., 12994/2019; Cass., 20649/2019).

**5° settimana (23-24 marzo 2021) – Dettaglio sugli argomenti delle lezioni**

La partecipazione sociale nella s.r.l. I diritti particolari dei soci. Le s.r.l.-p.m.i. e le categorie di quote.

Il trasferimento della partecipazione sociale: le azioni; le quote (della s.r.l.). Limiti statutari al trasferimento delle partecipazioni.

Tale parte di programma corrisponde alla seguente parte del manuale di riferimento (v. avviso Programma del corso e bibliografia): §§ 14; 26, II (pp. 325-346; 694-706).

**6° settimana (30-31 marzo 2021) – Dettaglio sugli argomenti delle lezioni**

Limiti statutari al trasferimento delle partecipazioni (con precisazioni sul diritto di recesso). Limiti parasociali al trasferimento delle partecipazioni. Le operazioni sulle proprie partecipazioni.

Il prestito obbligazionario. I titoli di debito. Altre forme di finanziamento a credito (cambiali finanziarie e mini-*bond*). Gli strumenti finanziari (diversi dalle azioni e dalle obbligazioni).

Tale parte di programma corrisponde alle seguente parte del manuale di riferimento (v. avviso Programma del corso e bibliografia): §§ 14; 15; 16; 17 26, III (pp. 344-394; 707-712).

**7° settimana (20-21 aprile 2021) – Dettaglio sugli argomenti delle lezioni**

Le decisioni dei soci. Nella s.p.a.: competenze; rapporto soci amministratori. Nella s.r.l.: competenze; rapporto soci amministratori.

Il procedimento assembleare nella s.p.a.

Tale parte di programma corrisponde alle seguente parte del manuale di riferimento (v. avviso Programma del corso e bibliografia): Introduzione; § 18, I, II, 1-6; § 27, 1 (pp. 395-437; 724-729).

**8° settimana (27-28 aprile 2021) – Dettaglio sugli argomenti delle lezioni**

Il procedimento decisionale nelle decisioni dei soci della s.r.l.

Il voto (limiti; esercizio mediato; sindacati di voto).

L’invalidità delle delibere assembleari (decisioni dei soci).

Tale parte di programma corrisponde alle seguente parte del manuale di riferimento (v. avviso Programma del corso e bibliografia): § 18, II, 7, III, IV; § 24, IV; § 27, 2-6 (pp. 437-464; 643-650; 729-739).

Sono da aggiungere:

Pinto, Il problema dell’impugnazione della delibera negativa nella giurisprudenza delle imprese (nei materiali della settimana);

Trib. Milano (ord.), 28.11.2014 (nei materiali della settimana).

**9° settimana (4-5 maggio 2021) – Dettaglio sugli argomenti delle lezioni**

La *governance* delle società di capitali. La società per azioni: struttura organizzativa della funzione amministrativa; la nomina degli amministratori (i sistemi particolari di nomina: il voto per lista); la cessazione degli amministratori; il consiglio di amministrazione (il presidente; la validità/invalidità delle delibere; la delega gestoria); i doveri degli amministratori e i doveri cc.dd. fiduciari: artt. 2390 e 2391 c.c.

Tale parte di programma corrisponde alle seguente parte del manuale di riferimento (v. avviso Programma del corso e bibliografia): § 19, I-VI (465-518).

**10° settimana (11-12 maggio 2021) – Dettaglio sugli argomenti delle lezioni**

La rappresentanza nella s.p.a. La responsabilità degli amministratori nella s.p.a.: i presupposti; l’azione di responsabilità (sociale; della minoranza; dei creditori sociali; del collegio sindacale); la responsabilità verso i soci e i terzi.

La funzione amministrativa nella s.r.l. (struttura organizzativa e rappresentanza)

Tale parte di programma corrisponde alle seguente parte del manuale di riferimento (v. avviso Programma del corso e bibliografia): §§ 19, VII-VIII; 27, II, 1 e 2 (518-550; 739-746).

**11° settimana (18-19 maggio 2021) – Dettaglio sugli argomenti delle lezioni**

La funzione amministrativa nella s.r.l. (responsabilità degli amministratori).

Il sistema dei controlli: a) nella s.p.a.: odv *ex* d. lgs. 231/2001 (cenni); revisione legale (cenni); il collegio sindacale; il controllo giudiziale sulla gestione; b) nella s.r.l.: il controllo dei soci; l’organo di controllo.

Peculiarità dell’amministrazione e controllo nelle nelle società quotate

I gruppi di società: il controllo.

Tale parte di programma corrisponde alle seguente parte del manuale di riferimento (v. avviso Programma del corso e bibliografia): §§ 20; 22; 24, VI; 27, II, 3, III; 31, I (551-576; 596-601; 657-665; 746-757; 795-800).

**12° settimana (25-26 maggio 2021) – Dettaglio sugli argomenti delle lezioni**

La disciplina del gruppo e la responsabilità da direzione e coordinamento.

Scioglimento, liquidazione e estinzione delle società di capitali.

Tale parte di programma corrisponde alle seguente parte del manuale di riferimento (v. avviso Programma del corso e bibliografia): §§ 29, 30; 31, II (761-792; 801-820).

LEZIONE 1 – 23/02/2021

**COSTUTUZIONE DELLA SOCIETA DI CAPITALI**

1)MOMENTO NEGOZIALE:

1. IDENTIFICAZIONE DELLA SOCIETA
2. STRUTTURA FINANZIARIA
3. GOVERNANCE

2)MOMENTO DEL CONTROLLO

3)MOMENTO DELLA PUBBLICITA

Quando parleremo di società faremo riferimento essenzialmente alle società di capitali. La disciplina generale del diritto societario, in merito alle **società di capitali,** quindi società per azioni e società a responsabilità limitata, è molto influenzata rispetto alle *caratteristiche tipologiche* intrinseche alla società stessa.

Per *caratteristiche tipologiche* si fa riferimento ad una distinzione principale:

**a) Società aperta**, cioè una società caratterizzata da un grande numero di soci e con l'attitudine a cambiare spesso la propria compagine sociale, molto ampia. Questo cambiamento deriva dal fatto che essa si finanzia interfacciandosi con il mercato finanziario del credito. (SOC DI CAP/SPA)

**b) Società chiuse**, società caratterizzate da pochi soci, i capitali sono importati prevalentemente dai pochi soci o sono acquisiti tramite finanziamento bancario, ma non tramite il mercato finanziario. (SRL)

La disciplina del diritto societario è, parametrata rispetto alle *caratteristiche tipologiche* della società stessa, cioè rispetto alle spa e alle srl. Le società aperte nella maggior parte dei casi coincidono con la tipologia di società di capitali, nonostante ci siano esempi importanti di società di capitali chiuse. Le società a responsabilità limitata sono, invece, per definizione, società chiuse.

Tale distinzione, in realtà, è stata messa in discussione nell'ultimo periodo grazie all'introduzione di tipologie di imprese nuove. Si pensi alla società a responsabilità limitata PMI (srl start-up), cioè società che di per se sono configurate come società srl ma che si finanziano in parte tramite il mercato finanziario attraverso, per esempio, le piattaforme di "crowdfunding", dove avviene l'incontro tra domanda e offerta circa gli strumenti finanziari in termini di capitale di debito e di equity.

Questo mette in crisi la disciplina del diritto societario che aveva modificato la disciplina in relazione alle caratteristiche proprie delle due tipologie di società. La disciplina dei tipi societari capitalistici se, quindi, viene utilizzata per usi diversi rispetto a quelli immaginati come ‘normali’ dai dati normativi, finisce per sfruttare le soluzioni derivanti dall’attuazione di queste norme in modo non ottimale.

Passando ora alla **disciplina relativa alla costituzione dei due tipi societari cioè srl e spa** (norme di riferimento: spa, 2325 fino 2341; srl, art. 2462 fino 2463bis). A differenza di molti altri ambiti, in questo caso la disciplina coincide per entrambe le tipologie di società, tanto che troviamo un richiamo integrale da parte della srl nella disciplina della spa (più precisamente gli artt. 2329, 2330, 2331, 2332, 2341).

Questa convergenza nella disciplina costitutiva è dovuta di fatto a motivazioni di matrice europea.

Infatti, la **direttiva 1132 del 2017** ha consolidato una serie di direttive che, nel tempo, erano state emanate armonizzando diversi profili del diritto societario. La direttiva sulla costituzione, la **direttiva 151 del 1968**, nota come prima direttiva europea in materia societaria è stata infatti consolidata nella direttiva 1132. Quasi tutte le direttive sono state armonizzare nella 1132. La **direttiva 1132 del 2017**, si può immaginare, quindi come un Testo Unico in materia Societaria, a livello comunitarioper effettuare il processo di armonizzazione.

Ciò che è rimasto fuori da questa direttiva è ad esempio: le due direttive sul bilancio, la IV e VII; la disciplina della revisione ovvero i controlli contabili; la direttiva, la tredicesima, sulle offerte pubbliche d’acquisto.

Sono entrate nella 1132: la prima direttiva sulla costituzione; la seconda direttiva in materia di capitale sociale; la terza direttiva in materia di fusione; la sesta direttiva in materia di scissione; (si osservi che la nona direttiva sul gruppo di società non è mai stata fatta); la decima direttiva in materia di fusione transfrontaliera; l’undicesima e dodicesima, rispettivamente sulla sede secondaria della società di capitali e sulla società unipersonale.

La caratteristica che accomuna tutte queste direttive è il fatto che l'**oggetto** della direttiva è una società di capitali. L'armonizzazione è stata fatta sul presupposto che la forma giuridica utilizzata e privilegiata nel mercato dell'Unione sia quella della società di capitale. Il legislatore europeo ha ritenuto di assumere al vertice che chi opera all'interno del mercato dell'unione lo fa utilizzando la forma giuridica della società di capitali, sia essa società a responsabilità limitata che per azioni.

Un ulteriore aspetto che è stato armonizzato attiene all'invalidità della società, cioè il legislatore europeo vuole che le patologie producano gli stessi effetti nei vari ordinamenti. A tutto questo c'è una grande eccezione, la direttiva che ha armonizzato il capitale sociale, che invece ha riguardato soltanto il diritto azionario. Eccezione: l’armonizzazione del capitale sociale ha riguardato solo il diritto azionario quindi solo per le spa; nelle srl i diritti nazionali sono liberi di decidere come meglio credono.

L'**obiettivo** dell'armonizzazione dei diritti societari nazionali in tema di società di capitali è quello di garantire la libertà ad ogni individuo di poter stabilire la propria impresa in uno tra i paesi membri dell'Unione Europea e di avere un trattamento equivalente.

Si ricordi infatti che il **Trattato di funzionamento dell'Unione Europeo** si basa su una serie di principi, uno tra i quali, infatti, è la **libertà di stabilimento**, che trova disciplina agli art. 49 e seguenti. **Libertà di stabilimento** significa scegliere liberamente l'ambito territoriale nel quale andare ad impiantare la prima sede dell'impresa, che può essere sia il territorio nazionale che territorio diverso da quello nazionale.

Il **diritto di stabilimento** si differenzia in:

a) *diritto di stabilimento primario*, cioè fa riferimento alla scelta della localizzazione della prima sede della società (sede di primo impianto);

b) *diritto di stabilimento secondario*, riferendosi alla libertà di impianto di una sede secondaria della medesima società o di localizzazione di un'altra società terza (filiale) di diritto straniero controllata, in un determinato territorio.

Qual è la differenza (in termini di responsabilità)?

Nel caso in cui si abbia una *sede secondaria (succursale)*: si risponde con il proprio patrimonio; per le obbligazioni della sede secondaria, la responsabile è sempre la casa madre, posto che il patrimonio dell'impresa è un patrimonio unitario. (La sede secondaria mantiene unitaria la responsabilità, in quanto il patrimonio è unitario; non è così nel caso del gruppo multinazionale, in cui vi è una personalità giuridica distinta dalla casa madre, quindi la responsabilità è circoscritta al soggetto costituito)

Nel caso in cui si abbia una *società di diritto straniero controllata (filiale)*: si crea un fenomeno di gruppo sovrannazionale, con la conseguenza che per le obbligazioni, sorte nell’attività svolta dalla controllata estera, risponde quest’ultima (la controllata estera) con il suo patrimonio.

Quindi: la sede secondaria mantiene unitaria la responsabilità, in quanto il patrimonio è unitario; non è così nel caso del gruppo multinazionale, in cui vi è una personalità giuridica distinta dalla casa madre, quindi la responsabilità è circoscritta al soggetto costituito.

**Si analizzi adesso la disciplina armonizzata a livello europeo in tema di costituzione della società, sia per le spa che per le S.r.l. Tale disciplina si declina in 3 fasi:**

**A)Prima fase (momento negoziale)**

Si concretizza in un atto negoziale o contratto: Elementi che fanno parte del contenuto sono: a) identificazione della società, b) struttura finanziaria c) governance

**B) Seconda fase (momento del controllo)**

Si concretizza nel momento del controllo del contratto o dell'atto negoziale. Tale controllo è equivalente nei diversi ordinamenti europei.

**C) Terza fase (momento della pubblicità)**

Si concretezza nella pubblicità del contratto di società

**A) Prima fase (momento negoziale)**

Questa fase si concretizza in un contratto, o atto negoziale. Normalmente si utilizza un contratto ma è possibile utilizzare un atto unilaterale, come nel caso di società unipersonale. Il contratto sul piano giuridico presenta il problema del contenuto. Il contenuto del contratto di costituzione è esplicitato agli art. 2328 per le S.p.A. e gli art. 2463-2463bis per le s.r.l. Si tratta di norme abbastanza sovrapponibili. Di fatto, gli elementi previsti come contenuto del contratto sono essenzialmente i medesimi.

**Gli elementi che fanno parte del contenuto sono distinguibili in 3 tipologie:**

*(tali aspetti verranno ripresi nella lezione del 3 marzo)*

**a) Identificazione della società** e, più particolare, dell'**impresa**.

Ci si riferisce agli elementi attraverso cui viene identificata l'impresa che viene svolta per il tramite di quella società. Quindi gli elementi identificativi della società e dell'impresa sono: individuazione dei soci; denominazione della società; oggetto della società; sede della società; durata della società.

Questi elementi riguardano, in realtà, tutte le imprese, non solo le società di capitali infatti sono inserite all'art.1196 per l'inserimento della impresa nel Registro delle Imprese.

**b)** Elementi che riguardano la **struttura finanziaria**.

Si fa riferimento, quindi, all'indicazione imprescindibile del capitale sociale. La clausola contrattuale immancabile in una società di capitali è quella che stabilisce l'ammontare del capitale sociale, che: nelle spa, deve avere un'entità minima pari a 50mila euro; nelle srl deve avere un'entità minima pari a 10mila euro.

Tale valore minimo di capitale per le srl non è previsto per gli ordinamenti degli altri stati dell'Unione, essendo la normativa in tema di capitale sociale non armonizzata a livello europeo. Quindi, la normativa italiana, aggiunge la possibilità, per le srl, di costituire una società a responsabilità limitata a capitale sociale ridotto, cioè inferiore a 10mila euro, quindi con capitale compreso tra 1 euro fino a 9999 euro. Tale possibilità ha delle conseguenze per quanto riguarda la disciplina. La S.r.l. a capitale ridotto, proprio a tutela del capitale stesso, ha una disciplina particolare e differenziata in tema di mantenimento di capitale sociale, nella quale è prevista la formazione di una riserva legale accelerata.

Inoltre, presenta, dal punto di vista pratico, un problema: non si capisce, nel diritto societario italiano, se la S.r.l. a capitale sociale ridotto possa essere solo costituita con il capitale ridotto o possa diventare anche a capitale ridotto. Cioè, per esempio, è possibile ridurre il capitale sociale passando da 10 mila a 5 mila? Inoltre, se la società incorre in una perdita rilevante, ossia superiore a 1/3 del capitale sociale, quindi si genera una riduzione involontaria di capitale sociale, può comunque mantenere un capitale inferiore a 10 mila euro? Entrano in funzione i meccanismi di mantenimento del capitale sociale oppure no?

🡪 Questo aspetto non è stato trattato in modo chiaro dalla normativa italiana. L'interpretazione del professore, e quella prevalente, è che la S.r.l. ha un capitale minimo di 10 mila euro e la possibilità di utilizzare l'entità ridotta di capitale viene riconosciuta **solo alla costituzione e non è fruibile durante la vita della società**. Non si può passare da una società S.r.l. normale a una a capitale limitato volutamente. C'è comunque un pensiero contrario della prassi notarile che, invece, ritiene che il capitale sociale per la S.r.l. oggi sia pari a 1 euro. In altri paesi, come per esempio in Belgio o in Francia, si è eliminato l'entità minima del capitale sociale, o meglio, si è dato il valore minimo pari a 1 euro.

Si fa riferimento, sempre in merito agli elementi che compongono la struttura finanziaria della società, alla disciplina relativa ai conferimenti, cioè la modalità con cui i soci apportano capitale proprio all'interno della società.

E infine si arriva ad una indicazione molto importante rappresentata dalla clausola di distribuzione dei risultati, cioè degli utili o delle perdite. Importante sottolineare come una eventuale mancanza di tale clausola può essere superata e sostituita in via suppletiva in quanto si ritiene che la distribuzione dei risultati sia proporzionale al conferimento. Invece la clausola in materia di conferimenti è essenziale e non può mancare nell'ambito dell'atto costitutivo della società.

**c) Elementi che riguardano la** **governance e gestione dell'impresa**, ossia si vanno a identificare gli amministratori.

Una società di capitali non può omettere l'indicazione dei primi amministratori, tanto nella spa quanto nella S.r.l. Ci sono poi norme riguardanti il funzionamento della società, che a volte si trovano direttamente nell'*Atto costitutivo*, ma per la maggior parte dei casi sono separate materialmente.

Tali norme di funzionamento, infatti, costituiscono un documento autonomo che, nella prassi, prende il nome di *Statuto*, e tende ad indicare, appunto, la parte dell’Atto costitutivo che contiene le regole di funzionamento della società. Sono due documenti separati sul piano materiale, non dal punto di vista sostanziale in quanto riguardano comunque il contratto di società. Infatti, dal punto di vista pratico, il vizio presente nello Statuto ha un certo trattamento se si ha presente il fatto che lo Statuto è Atto costitutivo.

LEZIONE 2 (24/02/2021)

Riguardo ai riferimenti normativi sul **diritto di stabilimento** si possono trovare agli articoli 49 e seguenti ed in particolare bisogna porre attenzione all’art 50 lettera G poiché stabilisce che la libertà di stabilimento “deve essere realizzata coordinando nella necessaria misura al fine di renderle equivalenti le garanzie che sono richieste negli stati membri alle società per proteggere gli interessi tanto dei soci quanto dei terzi”. Quindi di fatto tutta l’attività di armonizzazione che si è realizzata attraverso le direttive è avvenuta in applicazione dell’art 50 lettera g che chiede agli organismi dell’unione europea di rendere equivalenti le garanzie a tutela dei soci e dei terzi. In quest’ottica nasce l’opera di armonizzazione.

**B) Seconda fase (momento del controllo)**

- la seconda fase caratterizzata dal **controllo** che deve essere effettuato nel momento in cui si costituisce una società di capitale, questo controllo non può non esserci poiché richiesto dal legislatore europeo; si stabilisce oltre alla disciplina del contratto del negozio di costituzione anche una fase di controllo. Cioè si vuole che la costituzione di una società di capitali sia assoggettata ad un certo controllo.

In che cosa si sostanzia il controllo? Le società di capitali sono tipi societari definiti **superiori**, cioè sono dei tipi che a differenza dei due elementari (società semplice e snc), i tipi superiori per costituirsi hanno bisogno di un’espressa manifestazione da parte dei soci. In altre parole la società di capitali non si può costituire per fatto concludente ma occorre che la volontà dei soci di costituire queste società venga formalmente manifestata ed occorrerà, in altri termini, stipulare un contratto ovvero un atto unilaterale il quale deve avere il nome della società prescelta, ovvero intitolarsi con il tipo societario prescelto e poi, in secondo luogo, deve averne il contenuto che permette di identificare quel tipo societario (gli elementi che consentono di individuare e distinguere quel tipo societario).

Questo contratto è realizzato in forma di **atto pubblico**, non basta una normale scrittura privata per stipulare questo contratto ma deve avere la forma solenne dell’atto pubblico; significa che la volontà dei soci di costituire la società deve essere acquisita e riportata in forma scritta da parte di un pubblico ufficiale che renda l’atto societario come atto pubblico. In Italia questa figura è ricoperta dal **notaio**. In questo modo, di fatto l’ordinamento italiano risponde all’esigenza del legislatore europeo sul controllo e sulla costituzione della società facendo intervenire un pubblico ufficiale che veicoli la volontà dei soci riportandola nell’atto formale, ovvero costitutivo. Qual è il ruolo del pubblico ufficiale nel momento di costituire una società di capitali? Il controllo da parte del Notaio è di tipo formale e per certi versi sostanziale e **verifica che ci siano tutti i requisiti minimi/essenziali del tipo societario prescelto**. Deve verificare che quello che i soci formalmente vogliono, corrisponda nella sostanza al tipo societario prescelto cioè che nel contratto vi siano quegli elementi minimi essenziali per permettere di qualificare quella società come spa o come srl. Deve verificare che non ci siano clausole e che la volontà dei soci non richieda nel contratto l’inserimento di clausole che contrastino o siano difformi rispetto agli **elementi minimi essenziali**.

Cosa vuol dire **elementi minimi essenziali?** Guardando una Spa, sicuramente un elemento essenziale è:

1. Il **patto di limitazione del rischio**, ovvero la **clausola di responsabilità**. Significa che il contratto deve stabilire che per le obbligazioni di impresa che sorgono durante lo svolgimento dell’attività sociale, **risponda in via esclusiva il patrimonio sociale**.

Quindi per le obbligazioni sociali, la responsabilità per le medesime deve gravare in esclusiva sul patrimonio della società. Questo vuol dire che non possono essere inserite all’interno dell’atto costitutivo delle clausole che attribuiscano in tutto o in parte ai soci o anche a terzi la responsabilità per le obbligazioni sociali; sarebbe incompatibile, per il tipo sociale voluto, la presenza di una o più clausole che spostino a diverso titolo in tutto o in parte, sui soci o sui terzi la responsabilità per le obbligazioni sociali. Una clausola di questo tipo sarebbe incompatibile col tipo e vale **indipendentemente dallo scopo perseguito**. La responsabilità limitata sul patrimonio sociale è una condizione che prescinde dallo scopo perseguito, questa precisazione è stata fatta perché nella pratica capita di incontrare delle società per azioni, magari non società per azioni lucrative ma mutualistiche nella specie società per azioni consortili ovvero società per azioni che danno forma giuridica ad un consorzio tra imprenditori ed in cui sono previste spesso e volentieri delle clausole in base alle quali le perdite di esercizio, risultanti dal conto economico, vengano ribaltate sui soci. Quindi non è raro nella realtà trovare delle forme di copertura delle perdite accertate in bilancio, attraverso un ribaltamento delle medesime sui soci. Di per sé clausole di questo tipo sarebbero incompatibili con la responsabilità limitata tipica che è richiesta come elemento essenziale del tipo azionario. Ripianare le perdite vuol dire in qualche modo chiedere di provvedere all’ adempimento per la società per le sue obbligazioni. Le perdite non sono debiti però di fatto potrei chiamare qualcuno a ripianare le perdite, in altri termini significa mettersi in condizione di pagare quando i debiti scadranno. Sono clausole di copertura e ripianamento delle perdite accertate dal bilancio che di per sé sollevano problemi di compatibilità con il tipo. Bisognerebbe comunque vedere quali sono le condizioni alle quali una clausola di questo tipo potrebbe essere inserita nell’ambito del tipo sociale di cui stiamo parlando. **Per tanto sono clausole diffuse che sollevano problemi di compatibilità con il tipo sociale.**

1. Il secondo elemento essenziale che distingue la società per azioni SPA è la **partecipazione sociale standardizzata** (che deve essere conformata in maniera standard).

*Una partecipazione sociale standard è una* ***partecipazione sociale minima e sintetica*** *che serve ad identificare lo status di socio e quindi i relativi diritti ed obblighi che fanno capo ad un socio, così come* i poteri ma anche i doveri che appartengono ad un soggetto in quanto socio di quella società. Ad esempio, il principale dovere è quello del conferimento, mentre come potere ad esempio quello di voto e di partecipare alla distribuzione di utili. Quindi si tratta di doveri e poteri del socio che costituiscono il suo status e che è sintetizzato nella sua partecipazione sociale. La Partecipazione sociale è un sinonimo di status. Dire che la partecipazione sociale è minima significa che la società per azioni deve avere tante partecipazioni sociali che siano tutte uguali tra di loro. Una società per azioni **NON** può avere una singola partecipazione sociale come invece accade ad es in una snc o in una srl poiché la partecipazione sociale è sulla persona del socio e quindi potrà essere diversa dalla partecipazione degli altri soci.

In una società per azioni, invece, questo non ci potrà essere poiché si dovrà formare la partecipazione sociale in maniera standardizzata e per farlo bisogna rendere la partecipazione sociale minima cioè contenente lo status di socio minimo e cioè vale a dire il minimo dei doveri e poteri riconosciuti al soggetto ai fini della sua qualificazione di socio. Cioè il minimo di doveri che non possono non esserci su quel soggetto ed il minimo di poteri che normalmente sono in capo al soggetto perché sia qualificato come socio. In concreto il **dovere minimo** di un socio è quello di un **conferimento almeno pari ad un’unità di conto** (di solito pari a 1 euro), fatta poi possibilità all’autonomia statutaria di stabilire un obbligo di conferimento più alto. Dal lato dei POTERI, invece, un socio deve avere diritti patrimoniali e quindi il socio deve **poter partecipare alla divisione degli utili ed è riconosciuto per n ogni partecipazione in proporzione alle altre partecipazioni**. Il socio dovrà avere anche dei diritti amministrativi, in particolare il diritto di voto. Quindi si ha la possibilità di partecipare alle decisioni sociali attraverso il diritto di voto. Una società per azioni non può formare una singola partecipazione sociale, ma forma n partecipazioni sociali le quali sono assegnate ai soci in proporzione al conferimento.

Perché nella SPA la partecipazione sociale deve essere STANDARDIZZATA? Quindi tutte partecipazioni sociali uguali tra di loro? (nella SRL le partecipazioni sono personalizzate)

Perché la partecipazione societaria è incorporata all’interno di un documento materiale o immateriale definito **azione**. Una società per azioni potrebbe anche non emettere azioni, non essendo un elemento essenziale del tipo azionario, ma ciò che è fondamentale è la partecipazione standardizzata e che, sul normale presupposto, questa andrà a finire all’ interno di un’azione sia essa un documento materiale, che immateriale. Questo accade per consentire alla partecipazione sociale una più semplice circolazione. Vedremo che la disciplina che governa il trasferimento dell’azione, è una disciplina presa a prestito e identica da quella dei titoli di credito. Le azioni non sono titoli di credito ma vengono trattati come titoli di credito nel momento in cui sono fatte circolare. Le leggi di circolazione delle azioni sono proprio le leggi dei titoli di credito e che si rifanno alla circolazione dei beni mobili. In altri termini, non posso avere in una spa delle partecipazioni personali tagliate sulla specifica figura del socio. Un socio potrebbe avere un numero diverso di partecipazioni rispetto agli altri perché se un socio conferisce 10 euro avrà 10 partecipazioni, se un socio ne conferisce il doppio ne riceverà il doppio, ma comunque si tratta di una **differenza basata sul numero di partecipazioni.**

1. Il terzo elemento essenziale del tipo azionario è l’**organizzazione** ovvero la struttura organizzativa della società per azioni che deve essere una **struttura corporativa** e non può non averla. Cosa vuol dire struttura corporativa?

Vuol dire che la SPA deve essere strutturata per **ORGANI** che sono i centri di potere dove vengono prese le decisioni. **I centri di potere sono luoghi decisionali ed esecutivi delle decisioni che si prendono.** In una spa questi centri sono degli organi, cioè non possono appartenere ai singoli soci ma devono essere dei poteri riferiti agli organi, poi il socio può partecipare agli organi. Quindi lo svolgimento dell’attività comune in una società per azioni è sempre uno svolgimento **mediato** dalla partecipazione agli organi. Io non decido mai in quanto socio ma decido in quanto faccio parte di un organo.

**In una S.p.A. ci sono 2 organi che NON possono NON esserci:**

**1) ORGANO ASSEMBLEARE** e quindi il socio decide in quanto fa parte dell’assemblea, la quale è un organo unitario e si prevede che le decisioni vengano prese in assemblea; è un organo che ha una competenza circoscritta cioè è la legge che stabilisce quali decisioni possono essere prese dai soci all’interno dell’assemblea.

**2) ORGANO AMMINISTRATIVO**, ovvero un organo a competenza residuale e che decide tutto ciò che non può essere deciso dall’assemblea; di massima l’organo amministrativo ha una competenza decisionale parametrata sulla gestione dell’impresa. Quest’organo può essere **uni o pluripersonale** ma comunque è sempre un organo. Quindi una clausola statutaria che dovesse garantire la competenza ad un singolo socio NON è compatibile con uno degli elementi essenziali.

**Qual è la conseguenza di eventuali clausole incompatibili?**

Una conseguenza è la **nullità della clausola**, una clausola che dovesse prevedere una responsabilità aggiuntiva in capo a qualcuno, o una clausola che dovesse attribuire al singolo socio alcune competenze decisionali al difuori dell’assemblea e dell’organo amministrativo, allora è una clausola che **non avrebbe nessun effetto**. La conseguenza della nullità della clausola trova applicazione la disciplina legale. Quindi sullo specifico punto trova applicazione la disciplina prevista dalla legge. Quindi se per Es. se la clausola attribuisce a qualcuno il potere gestorio ma alla persona e non in quanto componente dell’organo, di fatto è come se non fosse stata scritta e quindi la società per legge deve istituire un organo amministrativo e nominare i componenti di quell’organo amministrativo. LE CLAUSOLE INCOMPATIBILI CON GLI ELEMENTI ESSENZIALI SONO DELLE CLAUSOLE NULLE E CHE DI FATTO TROVA APPLICAZIONE LA DISCIPLINA LEGALE SULLO SPECIFICO PUNTO.

L’altra soluzione (anche se solo accennata) che ormai non è praticata al livello di diritto applicato, è quella della possibilità di **riqualificare** il tipo societario. Si tratta di una soluzione che non trova più sbocco sul piano giurisprudenziale perché il limite alla possibilità di riqualificare la società è rappresentato dal terzo momento fondamentale per la costituzione e rappresentato dalla **pubblicità**. Cioè nel senso che se io pubblicizzo un contratto di società e ho detto attraverso la pubblicità che voglio costituire un tipo azionario, cioè una società per azione, allora i terzi faranno affidamento a quanto stabilito e quindi si crea un problema di tutela dell’affidamento dei terzi che hanno riposto sul nome della società che è stato utilizzato.

Il pubblico ufficiale, oltre al controllo, deve fare attenzione a che nel contratto di società non ci siano delle clausole incompatibili con l’ordinamento.

**Nel caso della SRL, quali sono le clausole che sono incompatibili con gli elementi essenziali del tipo srl?**

- Sicuramente il **patto di limitazione del rischio**, quindi vale per la srl lo stesso discorso fatto in riferimento alla spa.

Nella srl le quote sono **personalizzate** sulla persona del socio e quindi non c’è un problema di standardizzazione della quota. (nella SPA le quote sono standardizzate) Così come nella srl NON c’è una STRUTTURA OGNANIZZATIVA DI TIPO CORPORATIVO, cioè è possibile attribuire delle competenze decisionali direttamente in capo ai soci, così come è possibile attribuire la funzione amministrativa direttamente in capo ai soci. Cioè i soci possono essere amministratori in quanto soci e non in quanto componenti dell’organo amministrativo.

Al di fuori del patto di limitazione del rischio NON si presenta altro elemento essenziale. La srl dal legislatore è stata talmente destrutturata tanto da considerare come unico elemento caratterizzante della fattispecie solo il patto di limitazione del rischio. Anche qui però il notaio deve controllare che il patto di limitazione del rischio sia correttamente applicato da parte dei soci.

L’intervento del notaio è un intervento abbastanza costoso. Normalmente il notaio che partecipa alla costituzione non lo farà gratis ma ci sarà un costo da pagare per la sua prestazione personale. Questo per molti ha creato un problema, nel senso che c’è stato uno sfruttamento della libertà di stabilimento e le società si sono andate a costituire negli ordinamenti in cui il controllo societario costa meno rispetto ad altri. Oltre ai casi in cui il notaio riceve la parcella, ci sono altri casi in cui il notaio per alcune funzioni viene pagato attraverso una tassa e quindi avrà un costo più basso. Quindi si è formato un fenomeno di **concorrenza fra gli ordinamenti**, nel senso che le società si sono andate a costituire in luoghi in cui la costituzione era più bassa per poi fare lo stabilimento secondario e andare in altri ordinamenti. Es mi sono andato a costituire in olanda dove il costo è più basso, una volta costituita sfruttando il diritto di stabilimento vado a crearmi una sede secondaria o una filiale e vado ad operare di fatto in Italia. Questo è il **fenomeno delle società estero vestite.**

Una risposta che è stata data per alleggerire il costo di costituzione della società, per evitare che le imprese italiane si costituiscano all’estero, è stata quella di realizzare la:

**SOCIETA A RESPONSABILITA LIMITATA SEMPLIFICATA**

**Qual è la caratteristica?**

Si può trovare la **disciplina della società a responsabilità limitata** all’art 2463 bis, ovvero una norma aggiunta dal 2463 e prevedendo questa variante che consiste nell’avere una possibilità riconosciuta a persone fisiche nella costituzione della stessa attraverso un atto costitutivo standardizzato, cioè previsto in forma standard da un regolamento del ministero della giustizia (regolamento n 138 del 26 giugno 2012) e che prevede un *fac simile* di atto costitutivo uguale per tutte le società. Questo contiene delle indicazioni minime previste per una srl, sono richiamate all’art 2463 bis queste indicazioni, ed in più possono essere previste delle clausole che si riferiscono alle norme di legge sulle srl. Ad esempio, posso prevedere una regola, all’interno dell’atto costitutivo, che è una regola prevista dalla norma di legge e quindi dovrò applicare alla srl semplice la disciplina legale prevista per la srl.

Perché è stata prevista questa variante? Tendenzialmente per abbattere il costo di costituzione e quindi di controllo. In pratica si scarica il modello dell’atto costitutivo, lo si riempie e la costituzione è tendenzialmente fatta. Anche in questo caso ci sarà la necessità dell’intervento di un notaio ma solo per accertare che questo atto costitutivo sia conforme con quello del modello ministeriale. Per la costituzione di questa società non sono previsti oneri notarili e quindi di compensi (o parcella) ed inoltre o non sono previsti o sono ridotti i così detti **diritti camerali** ovvero diritti che vengono pagati al registro delle imprese nel momento in cui vado ad iscrivere la società nel registro delle imprese.

Un'altra caratteristica della srl semplificata è il **capitale sociale** che deve essere necessariamente di entità ridotta e NON può avere un capitale sociale SUPERIORE a 10 mila euro. Quindi **c’è un limite** sull’utilizzo di questa variante e sta nel fatto che se voglio modificare l’atto costitutivo, questo NON lo potrò fare. Devo usare il modello che mi mette a disposizione il ministero, eventualmente aggiungendovi delle clausole che riproducono le norme di legge. Le clausole dell’atto costitutivo della società semplificata sono **clausole inderogabili** e quindi non potranno essere modificate. Se ho l’esigenza di modificare il contratto potrò SOLO passare alla **variante ordinaria** e quindi abbandonare la srl semplificata per passare alla srl. Nella srl semplificata è comunque rispettata la **condizione del controllo** dato che comunque è previsto l’intervento del notaio, ma anche perché il pubblico ministero stabilisce l’atto costitutivo e quindi devo attenermi alle condizioni di quel modello. In questo momento si sta pensando una direttiva sulla possibilità di costituire, sul modello della srl semplificata, la srl **online** con un modello di contratto immateriale.

**C)Terza fase (momento della pubblicita):**

L’ULTIMA fase della costituzione è la fase della PUBBLICITA.

Viene affidato al notaio, il controllo e la verifica della sussistenza delle condizioni per la costituzione della società. Queste condizioni sono indicate nell’articolo **2329** c.c.:

* Deve essere sottoscritto per intero il capitale sociale;
* Devono essere rispettati gli obblighi di conferimento;
* Devono essere presenti le autorizzazioni o altre condizioni previste dalla legge per le società che hanno oggetti sociali particolari (es.: per una S.p.A. bancaria si deve verificare l’autorizzazione all’esercizio rilasciata da parte delle autorità competenti). Normalmente, attività particolari sottoposte ad autorizzazione richiedono un vincolo di forma azionario. C’è solo un caso che riguarda le S.r.l., per la quale il notaio deve verificare l’autorizzazione, riguarda le società calcistiche-professionistiche.
* Il pubblico ufficiale deve procedere al deposito dell’atto costitutivo, una volta completati gli accertamenti sopradescritti, per la iscrizione nel Registro delle Imprese. L’obbligo di pubblicità non è rimesso ai soci o agli amministratori ma è affidato, come compito professionale, al notaio incaricato a redigere all’atto pubblico e provvederà al deposito. Soprattutto per questa regione, le società di capitali sono sempre regolari (il dovere è attribuito a un terzo). Il notaio ha a disposizione 10 giorni di tempo per poter procedere all’iscrizione ma normalmente provvede subito. Ormai il registro delle imprese, essendo una banca dati informativa, permette di tradurre il deposito in iscrizione in massimo 48/72 ore, dopo che sono stati effettuati gli ultimi controlli sull’atto costitutivo. Il deposito viene protocollato e dopodiché passa allo status di iscrizione. In quel momento la fase costitutiva si è completata.

**🡪 L’art.2331 c.c**., richiamate tali e quali per la s.r.l. (terzo comma dell’art.2463 c.c.), sono di matrice europea con applicazione trasversale, è una norma non applicata praticamente, la quale stabilisce, come effetto dell’iscrizione del contratto di società di capitali, l’acquisizione della personalità giuridica (la vicenda costitutiva si completa con l’iscrizione e l’effetto è l’acquisizione della personalità giuridica. Le società di capitali sono caratterizzate dalla personalità giuridica. In concreto non viene dato significato giuridico perché non si comprende la differenza che intercorre tra una società di capitali non registrata rispetto a una società di capitali registrata).

***Sul manuale si riprenda l’efficacia costitutiva dell’iscrizione***(la società non esiste fino al momento della registrazione, incapace di produrre effetti).

Esempio: viene costituita una società di capitali con conferimento di un’azienda. Un imprenditore individuale si mette assieme ad un’altra persona per dar vita a una società, conferendo un’azienda. Anche se per uno spazio molto ristretto (dalla data di conclusione del contratto alla data di iscrizione) non è possibile che l’impresa si fermi e quando l’impresa è conferita si produce l’effetto traslativo sulla società, diventando della società stessa. Da quel momento gli amministratori della neo-società costituita devono esercitare l’impresa in nome della stessa. Insomma, la società già esiste con la conclusione del contratto. Il problema riguarda le responsabilità delle obbligazioni sorte in questo periodo intermedio, in nome della neocostituita, per le quali sono responsabili solidalmente coloro che hanno agito. Viene prevista una responsabilità illimitata, nel caso solidale di coloro che hanno agito, aggiungendosi alla responsabilità del patrimonio sociale, già operante dalla conclusione del contratto.

**NULLITA DELLA SOCIETA**

**🡪 L’art.2332 c.c.,** contenuta nella Direttiva 1132 di origine Europea, presente in ogni Paese UE, è rubricata “Nullità della Società”, sebbene sarebbe più corretto parlare di “invalidità della società”, disciplina le cause ed effetti che ricorrono nei casi in cui il contratto di società sia viziato, indipendentemente dal fatto che il vizio possa vanificare il contratto, come nullo o in altro modo.

**Le cause per cui il contratto può essere invalido:**

il recepimento del primo principio del Legislatore Comunitario prevede che un contratto di società NON può essere reso invalido per qualunque causa, contrariamente a quanto definito dall’art. 1418 c.c., il quale qualifica nullo il contratto contrario a norme imperative, che viola la legge, salvo non diversamente stabilito e dunque può essere invalido se presenta difformità da norma imperativa, non può essere definito sempre ex ante.

Il contratto di società è associativo ed è assoggettato a una disciplina diversa dal contratto di scambio: **il contratto di società può essere invalido solo per ragioni tipiche e tipizzate** e non è possibile prevederne altre. Sono cause tipiche che vanno interpretate letteralmente, senza fare interpretazioni estensive. È un principio che il diritto Europeo ha stabilito (Corte di Giustizia 13/06/1990 – Caso Marleasing). Tra le cause si indicano:

1. MANCATA STIPULAZIONE DELL’ATTO COSTITUTIVO PER ATTO PUBBLICO: manca la fase del controllo nell’ambito della costituzione della società.

* In Italia avviene per **atto pubblico.**
* L’atto pubblico non è l’unico modo per fare il controllo ma si può realizzare attraverso atti costitutivi standardizzati, frequenti per le società costituite per rete oppure esiste, ma opera in via suppletiva, l’omologazione (il controllo fatto dal notaio riguarda l’omologazione al dato normativo e cioè che rispetti gli elementi essenziali del tipo prescelto), ma anziché essere eseguito dal notaio **interviene il Tribunale**, operando in forma **di volontaria giurisdizione** (non opera in forma contenziosa ma chiamata volontariamente dai privati per chiedere al giudice di pronunciarsi sulla conformità rispetto alla legge. Il giudice fa un controllo simile a quello del notaio)
* In alcuni ordinamenti non c’è l’atto pubblico ma si costituiscono **per scrittura privata autenticata sottoposte al controllo di omologazione da parte del tribunale.** Permette di abbattere i costi di costituzione, che permette di evitare varianti come le s.r.l. semplificate. L’omologazione ha operato parallelamente con l’atto pubblico (fino agli anni 2000, gli atti costituitivi si facevano per atto pubblico e si omologavano, raddoppiando il controllo e aumentando i tempi di costituzione). Il notaio potrebbe decidere di non rendere atto pubblico un contratto di società se ha dubbi di conformità. Se i soci non ottenessero l’atto pubblico notarile potrebbero richiedere ai giudici di omologare quel contratto, operando in via suppletiva e sostitutiva.

1. ILLICEITÀ DELL’OGGETTO: deve prevede un’attività contraria alla legge, ordine pubblico e buon costume. Si discute se l’oggetto illecito possa essere un’attività non autorizzata (es.: esercitare impresa bancaria o di assicurazione senza autorizzazione BCE). Non si è ancora giunti a una conclusione definitiva, sebbene si pensi che non possa essere così in quanto non è ammessa interpretazione estensiva.
2. MANCANZA NELL’ATTO COSTITUTIVO DI OGNI INDICAZIONE RIGUARDANTE LA DENOMINAZIONE DELLA SOCIETA’, I CONFERIMENTI, L’AMMONTARE DEL CAPITALE SOCIALE O L’OGGETTO SOCIALE.

Nel caso Marleasing si è fatto chiarezza su questo punto: non si può invocare l’art.2332 c.c. per dichiarare invalida la società nel caso in cui questi elementi ci siano ma non siano regolari. Se c’è denominazione irregolare, la denominazione c’è e di conseguenza, l’art. 2332 c.c., non può essere utilizzato. Non può essere utilizzato neppure se il capitale sociale è inferiore al minimo. Lo stesso vale per tutti gli altri elementi.

Alla base di questa scelta del diritto europea di circoscrivere le cause di invalidità è quella di tutelare i complessi produttivi: devono essere molto gravi e molto limitate le cause che possono incidere sull’atto che ha fatto sorgere tale complesso. Quando i complessi produttivi sorgono è necessario proteggerli e non promuovere azioni che li elimino.

Sono cause molto improbabili.

In caso di azione di nullità del contratto (esiste una causa tipica di nullità da accertare) e di successiva dichiarazione di invalidità, la sentenza metterà la società in stato di liquidazione. L’invalidità viene considerata come una causa di scioglimento della società e ne consegue che viene messa in stato di scioglimento, nominando automaticamente i liquidatori. La società dovrà essere eliminata dal mercato in cui sta operando ma l’impresa, che ha operato, viene marginalizzata risolvendo tutti i rapporti che quell’impresa ha instaurato (pagando i creditori, riscuotendo i crediti, anche nei confronti dei soci).

Anche se fosse nata da un contratto particolarmente viziato, non è possibile far finta che non sia mai esistita.

**PS : Una causa di invalidità di cui all’art.2332 c.c. può essere SEMPRE sanata.**

Il procedimento di liquidazione può essere interrotto nella misura in cui il vizio rilevato viene sanato da parte della società. Di fatto le ipotesi in cui opera di fatto l’art.2332 c.c. sono davvero ridotte, ma condiziona altre norme, con riferimento alle operazioni straordinarie.

La modifica dell’atto costitutivo di una società di capitali è tipicamente retta dal principio di maggioranza, con una decisione dei soci assembleare (anche nei casi di s.r.l.). In alcuni casi, nelle s.r.l., solo per alcune modifiche, potrebbe essere richiesta l’unanimità, sebbene possibilità molto discussa e raramente utilizzabile. Nelle S.p.A. la clausola che richieda unanimità (quorum unanimistico) è nulla perché incompatibile con il funzionamento dell’assemblea, quale organo essenziale e operano i quorum deliberativi previsti dalla legge.

In linea di principio, la delibera avviene a maggioranza. Non è detto che il socio dissenziente o assente abbia diritto a recedere dalla società. Il recesso opera soltanto nelle cause previste dalla Legge o dallo Statuto (normalmente non previste per la modifica dell’atto costitutivo).

La modifica deve rispettare forma e pubblicità previste per la costituzione (es.: necessità di atto pubblico anche per la delibera di modifica dell’atto costitutivo oppure verbale redatto da un notaio in forma di atto pubblico per le stesse ragioni per cui viene richiesto nel momento della costituzione).

Per quanto riguarda la pubblicità, il notaio che prepara la delibera deve curare l’iscrizione della delibera medesima nel registro delle imprese (obbligo di sostituire l’atto costitutivo con l’atto costitutivo modificato nel Registro delle imprese).

Gli effetti della modifica decorrono dal momento in cui la modifica è iscritta nell’atto costitutivo. Efficacia costitutiva della pubblicità 🡪 più corretto “efficacia normativa”, art.2436 c.c.

L’adempimento dell’obbligo spetta al notaio.

LEZIONE 3 (2/03/2021)

1)MOMENTO NEGOZIALE:

1. IDENTIFICAZIONE DELLA SOCIETA
2. STRUTTURA FINANZIARIA
3. GOVERNANCE

2)MOMENTO DEL CONTROLLO

3)MOMENTO DELLA PUBBLICITA

**B) Seconda parte: STRUTTURA FINANZIARIA**

L’elemento cardine della struttura finanziaria di una società di capitale è rappresentato dal **capitale sociale** (elemento immancabile, pena invalidità del contratto di società, è l’indicazione del capitale sociale).

Il capitale sociale rappresenta l’elemento di vertice di tutta la struttura finanziaria della società di capitale. Questo capitale inoltre deve soddisfare un livello minimo:

* Per la **S.p.A**. l’art. 2327 del c.c. prevede essere pari a 50.000 euro
* Per la **S.r.l.** invece non è immediato stabilire quale sia il capitale minimo, questo deriva da una qualità normativa che nel tempo è caduta verso il basso, creando non pochi problemi di carattere operativo.

Prima di affrontare in dettaglio la dimensione del capitale sociale deve essere chiaro cosa è il capitale sociale. In questo momento a livello europeo, questa regola del capitale sociale è una regola in discussione, che c’è dappertutto, perché tutti gli ordinamenti prevedono un capitale sociale per la costituzione di una società di capitali, magari non c’è il capitale sociale minimo (ad esempio in Germania è previsto un capitale minimo ed anche il più elevato di tutti).

*DEF: Il capitale sociale minimo è il costo della forma giuridica, cioè quanto devo spendere per utilizzare quella forma societaria* (per la S.p.A. devo spendere 50.000 euro, per una S.r.l. devo spendere almeno 10.000 euro anche se con l’introduzione della variante della S.r.l a capitale ridotto ha reso dubbia l’entità del capitale sociale minimo in Italia - ci sono delle posizioni contrastanti a livello teorico e di prassi professionale)

**Capitale sociale**🡪 è una cifra che nell’ordinamento italiano ha un minimo in tutte le società di capitali, deve attestarsi almeno sulla quella cifra minima. Questa cifra, che ritroviamo all’interno dell’atto costitutivo, ha una funzione di *regola di comportamento (/organizzativa)* (un presidio comportamentale che mira ad assicurare che ci sia un patrimonio netto positivo di entità almeno pari al capitale sociale).

Il capitale sociale svolge due funzioni:

1. **Vincolistica**🡪 la società deve avere un patrimonio il cui attivo deve essere superiore al passivo perlomeno di entità pari al capitale sociale indicato nell’atto costitutivo. Ci deve essere una realtà patrimoniale che abbia un netto positivo. Quindi in questo modo ci può essere (indirettamente) una garanzia dei terzi, perché se il patrimonio netto della società è positivo, quest’ultima può anche pagare i debiti e quindi in questo modo la funzione vincolistica persegue una forma di tutela dei terzi coinvolti nello svolgimento dell’impresa.
2. **Organizzativa**🡪 Impone la presenza di un netto patrimoniale positivo almeno pari al capitale sociale in tutte le fasi della vita della società (sin dal momento della costituzione).

Il capitale sociale non svolge una funzione di garanzia verso i creditori, obbliga ad avere un patrimonio netto positivo che sia almeno pari al capitale sociale (attivo – passivo ≥ capitale sociale). Obbliga a creare un patrimonio destinato alla società.

Tutti gli ordinamenti dell’Europa continentale, unitamente a quello del Regno Unito (non si sa ancora per quanto), che prevedono il capitale sociale, impongono a chi vuole svolgere una attività sociale di utilizzare del capitale proprio. La regola del capitale vuole impedire che la società, in nessuna fase della sua vita, venga finanziata solo da capitale di terzi, si vuole impedire che la struttura finanziaria sia soltanto affidata a capatale di terzi, sia nel momento della costituzione, che durante la vita della società. Questo è l’obiettivo di politica del diritto sottostante al capitale sociale tanto è vero che la regola del capitale sociale non è l’unica regola di organizzazione del patrimonio di una società (in quasi tutti i diritti societaria statunitensi, negli Usa il diritto societario è Statale non è federale, quasi tutti gli ordinamenti statali societari statunitensi utilizzano delle regole diverse, non è prevista una regola di formazione di patrimonio destinato, quindi non essendoci questo obbligo è possibile che l’attività finanziaria venga finanziata in qualche momento con capitale di terzi. Questo non è possibile in EU e UK, perché esistendo come scelta di politica legislativa quella del capitale sociale bisogna che almeno parte delle esigenze finanziarie vengano soddisfatte da capitale proprio). Questo presuppone che la regola funzioni.

L’entità del capitale sociale in Italia deve attestarsi ad una cifra minima:

* S.p.A.🡪si rinvia all’art. 2327 del c.c. (50 mila visto prima)
* S.r.l. 🡪 “piu difficile”: prendendo l’art. 2463 del c.c. al punto quattro, l’ammontare di capitale sociale non deve essere inferiore a 10.000 €, però il *quarto comma* dell’art. 2463 mi consente la possibilità, inizialmente solo riservata alle S.r.l semplificate e poi estesa a tutte le società, secondo cui l’ammontare di capitale può essere determinato in misura inferiore a 10.000 € e pari almeno ad 1€ e in tal caso i conferimenti devono farsi secondo le modalità previste dalla normativa.

Tutte le volte che si utilizza la variante della **S.r.l. a capitale ridotto** e quella semplificata opera come norma di disciplina il *quinto comma* dell’art. 2463 che prevede la formazione di una ***riserva legale******“super-accelerata*”.**

**🡪 Nella SRL normale:**

L’art. 2430 del c.c. prevede, nelle società di capitali, la formazione di una **riserva legale obbligatoria.** Nel senso che, se a fine esercizio, la società chiude con un utile di esercizio, il 5% di questo utile deve essere accantonato obbligatoriamente a riserva legale fino a quando la riserva non raggiunga il 20% del capitale sociale, dopo di che, quando la riserva ha appunto raggiunto il 20%, questo obbligo viene meno (classico caso di riserva indisponibile, non può essere utilizzata in nessun modo da parte dei soci, è legata al finanziamento dell’attività d’impresa come il capitale sociale. Le entità di patrimonio che corrispondono a quelle cifre di netto non posso essere utilizzate).

Il capitale sociale, come la riserva, è un vincolo sul patrimonio, sui valori del patrimonio (dire che ho un capitale sociale pari a 100.000€ vuol dire che mi impegno ad avere un patrimonio di **valore** non inferiore a 100.000€, la sua composizione non ha importanza, al quale poi si aggiunge la riserva legale prevista dall’articolo 2430 che è indisponibile).

**🡪 Nel caso di S.r.l. a capitale sociale ridotto** e di S.r.l semplificata: il *quinto comma* dell’art. 2463 prevede (1) una riserva legale accelerata nel senso che gli utili, se il capitale sociale è ridotto, da accantonare a riserva non sono il 5% normale ma sono **il 20%** e questo accantonamento (2) deve accadere finché la somma tra capitale sociale e riserva così creata sia pari almeno a **10.000 €,** a questo punto l’obbligo della riserva accelerata viene meno.

Non è chiaro quale sia il ruolo sistematico del capitale sociale ridotto, non è chiaro cosa succede se in caso di capitale sociale ridotto si verificano delle perdite, e non è chiaro se una S.r.l. costituita con capitale sociale di 10.000 € può fare una riduzione volontaria del capitale. Non è chiaro se con la S.r.l. a capitale sociale ridotto si sia voluto abbassare il limite del capitale sociale minimo o si è voluto creare un istituto complementare al capitale sociale minimo di 10.000 €.

*ESEMPIO:* ***Se ho una società con capitale sociale di 10.000 € e ne consegue una perdita che mi riduce il patrimonio netto al di sotto di 10.000€, cosa succede?***

🡪 Le posizioni a riguardo di tale situazione:

Il Consiglio Nazionale del Notariato ha effettuato uno studio, n 856/2013, per cui si ritiene che con l’introduzione della S.r.l. semplificata e la successiva generalizzazione attuata dalla S.r.l. a capitale sociale ridotto, secondo il nuovo comma IV art 2463, il Legislatore ha voluto abbassare l’entità del capitale sociale minimo: in una S.r.l., il capitale minimo risulta dunque quello di 1€, non il più generale di 10 mila €.

Secondo questa concezione:

- Una S.r.l. può essere costituita con un capitale sociale ridotto, in fase di costituzione.

- Una S.r.l. può diventare a capitale sociale ridotto durante la sua vita. In quest’ultimo caso:

* La riduzione può essere dovuta a perdite. Se la società con capitale sociale di 10 mila € consegue delle perdite per cui il patrimonio netto risulta inferiore a 10 mila €, indipendente dalla entità della perdita, se il capitale è comunque positivo e superiore a 1 €, la società può comunque coprire la perdita con una riduzione del capitale sociale.
* Ed inoltre: La riduzione può essere dovuta a una decisione dei soci. Se la società decide una riduzione del capitale sociale per portarlo al di sotto dei 10 mila €.

***Se si accetta la concezione dei notai, per cui o per decisione o per perdita è possibile passare da una “Srl ordinaria” ad una a capitale sociale ridotto, cosa succede alle clausole?***

È proprio per risolvere detto problema che nasce la stessa variante della S.r.l. a capitale sociale ridotto, questo perché il vincolo sulle clausole riguarda la S.r.l. semplificata, per cui di fatto si può aver una società a statuto personalizzato ma a capitale sociale ridotto.

**La disciplina della riduzione volontaria**

del capitale sociale è prevista all’art 2482 per le S.r.l. e -con una norma del tutto identica- all’art 2445 per le S.p.A.

La riduzione del capitale sociale in via volontaria, per scelta dei soci (riduzione del netto minimo liberando i soci dall’obbligo di effettuare i conferimenti o restituendo gli stessi conferimenti ai soci), richiede in primo luogo che in assemblea si vada a modificare la clausola dell’atto costitutivo che stabilisce la cifra del capitale sociale facendola passare ad una cifra minore.

Questa decisione NON ha effetto immediato, non si esegue all’indomani dell’iscrizione nel Registro delle Imprese ma si determina una *vacatio* di 90 giorni, poiché sorge il diritto dei creditori di bloccare detta decisione sollevando opposizione, ossia presentando un ricorso in tribunale -per cui si chiede all’autorità giudiziaria di pronunciarsi su detta questione- o mediante un atto di citazione, per cui si notifica l’atto alla controparte citata convocandola a presentarsi davanti all’autorità giudiziaria.

Davanti all’autorità giudiziaria, il creditore opponente deve sì dimostrare il proprio titolo, ma soprattutto chiede al giudice di verificare se in seguito alla riduzione si determina un maggior rischio di adempimento, ossia un incremento della probabilità di rimanere non correttamente adempiuto nell’obbligazione.

Normalmente il giudice ricorre ad una consulenza da parte di un perito commercialista in merito a detta questione, la cosiddetta Consulenza Tecnica di Ufficio. All’esito di detta valutazione, il giudice può rigettare la decisione o accogliere l’opposizione, per cui la decisione di modifica non può essere efficacemente realizzata (la deliberà è revocata in via giudiziaria e la modifica viene eliminata dal Registro delle Imprese).

A latere di un processo di opposizione, può avere luogo una trattativa tra creditore opponente e società, che va dunque ad offrirgli una garanzia specifica o anche il pagamento del suo credito affinché ritiri l’opposizione.

L’ art 2482, comma I, recita “*La riduzione volontaria del capitale sociale può avere luogo, nei limiti previsti dal numero 4) dell'articolo 2463, mediante rimborso ai soci delle quote pagate o mediante liberazione di essi dall'obbligo dei versamenti ancora dovuti*”.

Art 2463 numero 4): “*l'ammontare del capitale, non inferiore a diecimila euro, sottoscritto e di quello versato*”. La norma in quest’ottica indica che la riduzione volontaria del capitale sociale si può fare finche il capitale non scende al di sotto di 10 mila €. Sembrerebbe un refuso, ma questa dicitura si trova altresì all’interno della disciplina di riduzione del capitale per causa di perdite.

**La riduzione del capitale per causa di perdite** è disciplinata per le S.r.l. dall’art 2482-bis e 2482-ter, che sono norme equivalenti nel diritto azionario agli artt. 2446 e 2447, e si basa su alcuni principi.

Una perdita conseguita non genera sempre obblighi di intervenire sul capitale (tant’è che può essere portata a nuovo negli esercizi successivi), ma di per sé ha come unica funzione quella di impedire la distribuzione degli utili, ma non ha altre conseguenze salvo il caso in cui sia una perdita rilevante, al cui verificarsi scattano obblighi contenuti nelle rispettive norme sopracitate.

Si definisce rilevante la perdita che **supera 1/3 del capitale sociale**: ha come effetto che il patrimonio netto risulti inferiore di 1/3 del capitale sociale.

Quando si presenta detta perdita, è previsto per gli amministratori l’obbligo normativo di convocazione dell’assemblea per comunicare detta situazione ai soci, affinché questi prendano “opportuni provvedimenti” (rinvio perdita a successivo esercizio o sua copertura immediata mediante operazioni sulle voci positive di patrimonio netto, ossia le riserve disponibili).

La copertura della perdita presuppone una decisione dei soci di utilizzare riserve e/o capitale a copertura della perdita.

Negli ordinamenti che hanno una disciplina legale del netto, come il nostro, nessuno al di fuori dei soci può prendere decisioni sul patrimonio netto.

Tra gli opportuni i provvedimenti i soci potrebbero altresì rinviare la perdita al futuro, ex art 2482-bis e 2446. La caratteristica dell’ordinamento italiano a differenza degli altri, richiede che se nel successivo esercizio la perdita non si è ridotta al di sotto di 1/3, non è stata riassorbita per effetto di utili cessando così di essere rilevante, è che esso impone che la perdita per l’esercizio futuro sia necessariamente coperta, per riallineare PN e Capitale sociale.

**La perdita rilevante può quindi figurare in bilancio SOLO PER 1 esercizio.**

Nell’art 2482-ter si ritrova lo stesso dispositivo refuso previsto al 2482, per cui “*Se, per la perdita di oltre un terzo del capitale, questo si riduce al disotto del minimo stabilito dal numero 4) dell'articolo* [2463](https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quinto/titolo-v/capo-vii/sezione-i/art2463.html)*, gli amministratori devono senza indugio convocare l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale ed il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al detto minimo*”. Ma al comma II si stabilisce che: “*È fatta salva la possibilità di deliberare la trasformazione della società*”, **trasformazione che fa riferimento ad un passaggio da un tipo societario ad un tipo societario diverso, ma non da una variante di Srl all’altra** (da ordinaria a semplificata/a capitale ridotto). Quindi in questo caso, di fatto, è da escludere l’applicazione del secondo comma ad una Srl che perde, poiché l’unica trasformazione possibile è ad una Snc, per cui si avrebbero gravi ricadute sui soci.

LEZIONE 4(3/03/2021)

**IL PROCEDIMENTO DI RIDUZIONE DEL CAPITALE SOCIALE:**

**riduzione volontaria e riduzione per perdite.**

**Art 2482 e 2482-ter:** prevedono che una **srl ordinaria** può ridurre il capitale purché rispetti il minimo di 10 mila euro.

Una srl ordinaria è obbligata a ricapitalizzare quando le perdite riducono il netto al di sotto di 10mila euro; nel caso in cui i soci non realizzino la ricapitalizzazione, si consolida una causa di scioglimento della società e conseguentemente la società viene messa in liquidazione.

Sulla srl ordinaria, l’autonomia statutaria prevede che non si possa andare al di sotto della cifra minima indicata dall’art 2463 n°4.

Il problema, invece, si pone, dal punto di vista operativo, con riferimento ad una srl che nasce a capitale ridotto, ovvero una srl semplificata che ha un capitale sociale al di sotto dei 10 mila euro, per queste fattispecie (varianti del tipo) non opera il punto 4 dell’art 2643.

Una srl a capitale ridotto (es. di 5 mila euro) può ulteriormente ridurre volontariamente il capitale sociale?

Nel caso in cui la srl a capitale ridotto consegua una perdita qualificabile come rilevante, ovvero riduce il netto al di sotto di 1/3 del capitale sociale (già di entità ridotta), opera l’art 2482- ter?

Non è chiaro il modo con cui e se debbano trovare applicazione le norme degli art 2482 e 2482-ter nelle srl semplificate e srl che nascono a capitale ridotto.

→ Tali norme (secondo il prof) devono trovare applicazione anche nella srl a capitale ridotto o semplificata. Ciò comporta, dal punto di vista pratico, che non sia possibile operare sul capitale sociale in diminuzione, cioè non è consentito ai soci effettuare una diminuzione del capitale sociale, ma è possibile solo effettuare delle operazioni in aumento. Le varianti della srl, dunque**, possono soltanto aumentare il capitale sociale e non procedere ad una riduzione.**

Se il capitale sociale è ridotto per perdite, probabilmente, la società deve aumentare il capitale sociale e passare alla variante ordinaria. Il legislatore italiano concede questa possibilità solo una volta, se però si verificano subito delle perdite rilevanti, bisogna passare alla società ordinaria.

La disciplina del capitale sociale ridotto è applicabile solo in fase di costituzione della società, successivamente il capitale sociale può essere solo aumentato e non ridotto ulteriormente.

In una società che nasce come srl ordinaria è possibile ridurre il capitale sociale al di sotto di 10mila euro. → Non è possibile fare un passaggio da srl a srl a capitale ridotto o semplificato.

Secondo il prof, alle varianti (srl semplificata e a capitale ridotto) non si può accedere durante la vita dell’impresa, ma solo nel momento di costituzione, perché sono sorte con l’intento di agevolare un’iniziativa e la sua costituzione (questa conclusione è tutt’altro che pacifica).

La differenza tra srl semplificata e srl a capitale ridotto sta sullo statuto, che, nel **1° caso, è uno statuto standardizzato** (e non si pagano gli oneri notarili e camerali), invece, nel **2° caso, non lo è (e si pagano gli oneri notarili e camerali).**

NORMATIVA EMERGENZIALE

**Le norme fin ora analizzate sono state sospese dal decreto legge emanato nel marzo del 2020, il decreto 23 del 2020.**

L’art 6 del d.lgs 23/2020 stabilisce che per le perdite prodotte nel corso dell’esercizio 2020, non trovano applicazione le regole sul mantenimento del capitale:

* in una **spa non** trovano applicazione gli art 2446, 2447;
* in una **srl non** trovano applicazione art 2482-bis e 2482-ter.

Queste norme sono state sospese per le perdite delle società nel 2020

→ Se nel 2020 si è verificata una perdita rilevante, si sospende qualunque obbligo sia di coinvolgimento dei soci, sia di provvedere con le norme del codice.

→ La ragione si collega con la sospensione del principio di continuità aziendale, che è un postulato per la redazione del bilancio di esercizio (si considerava sussistente la continuità aziendale a prescindere dal risultato, per legge la continuità era affermata, non era necessario verificarla, di conseguenza le norme sul mantenimento del capitale sono state sospese).

→ Ciò vale solo per le perdite di esercizio prodotte nel 2020.

Per l’esercizio 2020 le norme studiate non trovano applicazione, l’art 6 è stato sostituito per effetto di una modifica apportate per il tramite della Legge di bilancio per l’anno 2021 (legge 178 del 30 dicembre del 2020), in cui il comma 266 ha apportato una modifica al decreto legge 23, in particolare all’art 6, stabilendo una disciplina molto particolare, che sembra riguardare la sola perdita registrata nel corso dell’esercizio 2020.

La legge 178/2020 stabilisce che:

* con riferimento alle perdite emerse nell’esercizio 2020, non si applicano le regole sul mantenimento di capitale. Se il bilancio 2020 si chiude in perdita e la perdita è rilevante, le due fattispecie (di perdita rilevante e di perdita rilevante che riduce il capitale al di sotto del minimo) non trovano applicazione;
* per la perdita registrata/emersa nel bilancio 2020, gli adempimenti richiesti dalle norme sospese sono posticipati al 5° esercizio successivo, cioè all’esercizio 2025, dunque il problema potrà diventare operativo dal 2026.

L’assemblea che eventualmente dovrà prendere i provvedimenti di riduzione del capitale sociale sarà quella che si terrà ad Aprile 2026.

La scelta di mantenere la sospensione delle regole sul mantenimento del capitale è solo con riferimento alle perdite del 2020. Le perdite del 2020 devono essere identificate a livello contabile come “perdite dell’esercizio 2020” (da dettagliare in Nota integrativa). Tale voce di netto deve figurare con segno negativo.

La norma prevede di isolare la perdita del 2020 come se fosse una riserva negativa “sospesa”, ovvero tale perdita non può essere cumulata con le eventuali perdite che si verificano nel corso degli esercizi successivi. Se, ad esempio, si verifica un’ulteriore perdita nel 2021, io non devo sommare le due perdite, ma devo tenere distinte le due voci di perdita; dunque le valutazioni al fine di operare sul capitale per il suo mantenimento vanno fatte solo con riferimento alla perdita del 2021🡪 bisogna verificare se le perdite del 2021 sono rilevanti e successivamente possono essere applicate le norme nel caso in cui queste siano rilevanti. La valutazione va fatta con riferimento alle perdite successive, senza considerare la perdita del 2020 che rimane in forma sospesa; tale perdita va cumulata con le altre perdite solo dopo il 5° esercizio (dopo 31/12/2025).

PS🡪 Nel caso in cui nel 2021 si producano degli utili, il saldo del CE è positivo, in questo caso la norma non dice nulla, ma quegli utili non potranno essere distribuiti perché vale il vincolo di distribuzione rappresentato dalla perdita del 2020. La perdita del 2020 non viene considerata ai fini del calcolo complessivo della perdita per dare applicazione alle regole sul mantenimento del capitale, la perdita del 2020 viene, invece, considerata nel caso in cui l’impresa produca utili, perché gli utili non possono essere distribuiti finché la perdita del 2020 non viene coperta.

**CONSIDERAZIONI SUL LEGAME TRA CAPITALE SOCIALE ED OGGETTO SOCIALE**

Funzione del capitale sociale: è chiedere a chi svolge l’impresa l’impiego di una parte dei mezzi finanziari

→ quindi in una struttura finanziaria di una impresa societaria italiana o europea non ci possono essere solo mezzi di terzi, ma ci deve essere un mix tra mezzi di terzi e mezzi propri

Il capitale sociale è talvolta attestato sul capitale sociale minimo.

Il capitale sociale minimo, è il costo della società/ della forma/ del vestito che l’impresa utilizza.

Ci sono altri ordinamenti che pur mantenendo il capitale sociale, eliminano (per quanto riguarda le srl) il capitale sociale minimo. In questo modo si rende meno costoso l’accesso alla forma.

Ma se io ho adempiuto il capitale sociale minimo, ho adempiuto ai miei obblighi di capitalizzazione?

Ammesso che i mezzi propri devono essere adeguati rispetto al tipo di impresa che si svolge; non c’è un modo per capire quando i mezzi propri sono adeguati.

La scienza economico aziendale mi dice che un’impresa è una struttura finanziaria dove non possono essere presenti solo i capitali di terzi, o soltanto il capitale proprio, ma ci deve essere un mix tra le fonti di finanziamento.

Quale è la combinazione giusta tra le due fonti? Quando il capitale proprio è adeguato rispetto al tipo di impresa? Non c’è risposta a questa domanda.

La finanza fornisce degli indici secondo cui è possibile capire se è ragionevole ritenere che la struttura finanziaria sia una struttura equilibrata oppure no. Guardando gli indici è possibile trarre delle conclusioni di verosimiglianza, cioè se il rapporto tra mezzi propri e mezzi terzi è a sopra un certo livello è ragionevole ritenere che la struttura finanziaria della società sia equilibrata, viceversa, se il rapporto è al di sotto di un certo livello/benchmark, quale dubbio potrebbe sorgere.

Quali sono i benchmark ai quali si deve rapportare l’analisi degli indici?

In questo momento, è stata riscritta la disciplina delle procedure concorsuali e sono stati introdotti gli “Indicatori della crisi”, che sono stati affidati al consiglio nazionale dei dottori commercialisti.

Il consiglio nazionale dei dottori commercialisti ha creato degli indicatori di bilancio, tra cui anche il rapporto tra mezzi propri e mezzi terzi. Con riferimento a quest’ultimo indice, sono stati distinti 16 ambiti di attività (es. settore dell’industria/ artigianato/ trasporti/ imprese di pubblici spettacoli/ della pesca…). Per ogni ambito di attività è stato individuato il rapporto mezzi propri/mezzi terzi che ragionevolmente può essere considerato come rapporto “tranquillo”.

→ Se in un’impresa il rapporto mezzi propri/mezzi terzi si mantiene al di sopra di una soglia statistica, è verosimile e ragionevole pensare che la struttura finanziaria sia equilibrata, ma non c’è certezza di ciò (è un giudizio di ragionevolezza).

La scienza giuridica dice che non ci può essere un obbligo di adeguatezza dei mezzi propri, ma ci può essere un divieto di manifesta inadeguatezza (= io non posso avere mezzi propri palesemente inadeguati per quello che faccio).

Quale è la norma che permette di dire che c’è un divieto di manifesta inadeguatezza? Chi è chiamato a rispettare questo divieto?

In quest’ottica ci sono due questioni da guardare:

* Norma riguardo divieto di manifesta inadeguatezza:

non c’è una norma esplicita su questo tema però questo divieto può essere individuato attraverso interpretazione delle norme. Una norma individuata ai fini di ricreare questo divieto è l’art 2484 primo comma numero 2 del codice civile. Questa norma contiene le cause di scioglimento della società (sia S.p.a. che S.r.l.), cause al verificarsi delle quali la società entra in liquidazione, completata la quale la società si estingue. Il punto 2 individua come causa di scioglimento il conseguimento dell’oggetto sociale o la sopravvenuta impossibilità di conseguirlo, salvo che l’assemblea non deliberi modifiche statutarie. Da questa norma si ritiene che possa individuarsi l’elemento normativo contenente il divieto di manifesta sottocapitalizzazione, il fatto che per funzionare (conseguire l’oggetto sociale) è necessario avere un equilibrio finanziario, equilibrio che non c’è in presenza di manifesta inadeguatezza dei mezzi propri.

* Chi è chiamato a rispettare il divieto di manifesta inadeguatezza:

sorgono problemi, soprattutto in riferimento alle società che si costituiscono. Le società che si costituiscono (S.r.l. o S.p.a.) si costituisce con un oggetto sociale, si può pensare che nella costituzione il capitale sociale non sia palesemente inadeguato rispetto all’oggetto? È possibile pensare questo? Da un lato abbiamo S.r.l. a capitale ridotto e dall’altro il divieto, un po’ un controsenso. Chi dovrebbe far rispettare una situazione di questo tipo? Si è detto il notaio, il prof ha qualche dubbio, come fa il notaio a far rispettare ai soci questo divieto? In certi casi il notaio potrebbe non far costituire società a capitale ridotto, cosa contradditoria.

La questione c’entra poco nel momento costitutivo, nel momento della costituzione devo adempiere agli elementi formali della costituzione. Il tema del divieto è un problema prettamente gestorio, problema che emerge durante la vita della società. Nel caso di spa se si richiede un amministratore diligente, è possibile pensare che l’amministratore non capisca che i mezzi propri siano inadeguati? È capace o non è capace l’amministratore di capire se i mezzi che ha a disposizione sono manifestamente inadeguato? (non inadeguato, ma manifestamente inadeguato). L’amministratore deve essere in grado di intercettare questa situazione. Questo compito sembra essere attribuito anche all’organo di controllo (che c’è in una S.p.a.). Si parla di sottocapitalizzazione materiale.

* Sottocapitalizzazione materiale 🡪 mancano i mezzi propri.
* Sottocapitalizzazione nominale: i mezzi propri ci sono solo che non sono vincolati a capitale sociale.

L’amministratore non può non accorgersi di una sottocapitalizzazione materiale. Quali sono gli obblighi comportamentali che devono realizzarsi, cosa dovrebbe fare l’amministratore? L’amministratore dovrebbe passare la parola ai soci, la norma dice che la società si scioglie se non si può più raggiungere l’oggetto a meno che l’assemblea dei soci non deliberi delle modifiche. Come si può eliminare la manifesta inadeguatezza?

La manifesta inadeguatezza si può eliminare realizzando una iniezione di liquidità che permette ai mezzi propri di non essere manifestamente inadeguati. Tuttavia, i soci non sono obbligati a fare un’iniezione di liquidità, non c’è nessun obbligo di apporto successivo al conferimento iniziale.

Se **non** decidono però di proseguire con un’iniezione di liquidità devono far consolidare la causa di scioglimento (si parla in questo caso della regola del ricapitalizza o liquida). Si deve decidere se fare un aumento di capitale per rendere il medesimo non manifestamente incongruo oppure di mettere la società in fase di liquidazione.

In Italia, la fase di liquidazione deve essere sempre deliberata dai soci, sono gli unici competenti a deliberale su questo perché sono coloro che sono tenuti a nominare i liquidatori. La competenza a nominare i liquidatori formalizzando l’inizio della fase di liquidazione spetta in via esclusiva ai soci.

In altri ordinamenti è l’amministratore che diventa liquidatore in automatico.

Il passaggio formale ai soci non può non esserci nel nostro ordinamento.

Se l’amministratore non convoca l’assemblea i soci potrebbero esercitare azione di responsabilità nei confronti degli amministratori?

Chiaro che potrebbero esercitarla, se l’amministratore una volta accertata la causa di scioglimento non adempie agli obblighi che diventano attuali con la causa di scioglimento si applica **l’Art. 2485 C.C.:** “Gli amministratori se non adempiono agli obblighi conseguenti alla causa di scioglimento sono solidalmente responsabili per i danni subiti dalla società, dai soci, dai creditori sociali e dai terzi”. È evidente che si verifica una causa che genera la responsabilità degli amministratori verso la società e anche altri che può essere fatta valere nelle forme che si vedranno successivamente. Si tratta di una liquidazione volontaria.

Il liquidatore potrebbe essere un membro del consiglio sindacale?

L’amministratore NON può far parte del collegio sindacale. Mai perché il collegio sindacale è un organo di controllo e il liquidatore è un organo amministrativo. Il liquidatore, tuttavia, può essere un amministratore nel caso in cui i soci decidessero di nominare liquidatore l’amministratore già presente.

E se i soci non decidono nulla per quanto riguarda la ricapitalizzazione o l’inizio della liquidazione? Se non prendono una decisione che succede in questo caso? **Art. 2487 C.C.**: “Laddove i soci non nominino i liquidatori, gli amministratori dovrebbero richiedere la nomina giudiziale dei liquidatori”. Se gli amministratori non chiedono la nomina giudiziale allora sono in colpa, quindi c’è un’altra causa di responsabilità. Molto spesso sono responsabilità che vengono fatte valere in un contesto concorsuale. Per questo c’è stata una recente modifica per quanto riguarda i criteri per valutare la responsabilità degli amministratori in questi casi.

(cioè:🡪 Le cause di scioglimento che possono essere constatate da parte dei gestori sono che ci si accorge come sta andando la società guardando giornalmente i documenti contabili, si capisce se una società può andare avanti oppure no. La norma va applicata in maniera coerente. Se mi accorgo che l’attività non può più proseguire (causa di impossibilità sopravvenuta di conseguimento dell’oggetto sociale), la società è già in scioglimento. La disciplina che si applica obbliga a coinvolgere immediatamente i soci che devono decidere se ricapitalizzare o formalizzare la liquidazione. Tutte le volte che queste cose non vengono fatte la condotta diventa negligente e si risponde dei danni che si sono cagionati. Questi danni vengono fatti valere nel contesto delle procedure concorsuali.)

C’è un’altra prassi molto ricorrente in base alla quale c’è un problema quando si cercano forme alternative di finanziamento. Queste forme alternative di finanziamento provengono dai soci in modo diverso dal conferimento, in particolare accade che molto spesso si passa da una situazione di sottocapitalizzazione materiale a una situazione di sottocapitalizzazione nominale. Poi guarderemo come queste vengono realizzate.

Acquisito che gli amministratori possono essere chiamati a rispondere dei danni cagionati, c’è un'altra questione su cui si discute: in particolare se in aggiunta agli amministratori risponde anche qualcun altro ed eventualmente in solido con loro???(responsabilità per danni)

🡪Ma allora quali soci rispondono? 🡪La norma a cui si fa riferimento è l’art. **2476 settimo comma C.C.,** dettato in materia di società a responsabilità limitata. Questa norma chiama a rispondere in solido con gli amministratori i soci che hanno deciso intenzionalmente il compimento di qualche fatto gestorio. Questo problema si pone anche nelle società per azioni.

🡪Ci potrebbero essere anche più soci, chiamiamo allora tutti a rispondere (anche quelli di minoranza)? 🡪Nel caso di società per azioni, con un certo numero di soci, eventualmente la responsabilità può essere lamentata solo nei confronti di soci di controllo. (Sono coloro che hanno una partecipazione sociale che permette loro di esercitare il potere di controllo. In particolare, quando ha la possibilità di decidere in autonomia chi sono gli amministratori e revocarli e approvare il bilancio di esercizio. Potere qualificabile come di controllo. Il controllo spetta alla maggioranza.)

🡪Il collegio sindacale ha delle responsabilità?

In via suppletiva deve intervenire dove gli amministratori non intervengono. Se per esempio gli amministratori non chiedono la nomina giudiziaria dei liquidatori lo deve fare il collegio.

**LA FORMAZIONE DEL CAPITALE SOCIALE**

Si fa riferimento al profilo qualitativo del capitale cioè quali sono le risorse che possono essere imputate a capitale sociale. Si tratta in altri termini di capire il conferimento dei soci, in particolare l’oggetto del conferimento che i soci possono realizzare all’interno di una S.p.a. o S.r.l.

L’area del conferibile coincide con ciò che può essere oggetto di valutazione. Si parla di conferimenti di capitale sociale, cioè imputabili a capitale sociale che è diverso dal conferimento di patrimonio.

Ci sono dei conferimenti che NON sono computabili a capitale:

* conferimento che non è valutabile in termini ragionevolmente attendibili;
* conferimenti che non si prestano ad essere liberati;
* conferimento che non incrementano direttamente il patrimonio della società (ad esempio: ho bisogno di una concessione di demanio pubblico come una spiaggia, questa concessione la posso prendere da una persona che conferisce la concessione all’interno della società diventando socio, una concessione tuttavia non incrementa direttamente il patrimonio sociale. La rinuncia a un diritto può essere un altro esempio di conferimento a patrimonio e non a capitale).

**Il conferimento a capitale** deve essere costituito da risorse valutabili perché il capitale, che è un numero, significa che devo avere un patrimonio (attivo – passivo) il cui valore non può essere inferiore alla cifra del capitale sociale (il capitale sociale costituisce un vincolo sul valore di patrimonio e non una composizione che deve essere almeno pari al capitale sociale).

Devo avere, sin da quando costituisco la società, un patrimonio netto maggiore o uguale al capitale sociale. Normalmente quando mi costituisco non ho debiti (attivo maggiore o uguale al capitale). Devo verificare fin dalla costituzione che il patrimonio netto sia maggiore o uguale al capitale sociale.

Esiste all’interno del diritto delle società un *favor* verso il conferimento in denaro. I conferimenti in una società se non è stabilito diversamente sono conferimenti in denaro. Se voglio mettere denaro all’interno della società allora metto in maniera generica conferimento, devo specificare invece il conferimento se è qualcosa di diverso dal denaro. C’è questo favore perché il denaro permette di capire se il patrimonio netto è maggiore o uguale al capitale sociale. È una cosa immediata da confrontare e valutare. Il capitale sociale è una regola sul patrimonio, è una regola che rende indisponibile una parte di patrimonio corrispondente al capitale sociale, regola che vincola i valori a rimanere stabilmente investiti nella società.

**CONFERIMENTI IN DENARO**

Non pongono problemi sul piano valutativo, pongono problemi sul piano dell’esecuzione, sul piano dell’adempimento del conferimento. I conferimenti in denaro devono essere eseguiti in parte al momento della costituzione (il 25%). Il socio deve dare subito una parte del conferimento. C’è un’eccezione se la società è unipersonale dove il conferimento deve essere integrale. Negli altri casi il conferimento può essere adempiuto parzialmente. Il resto del conferimento viene richiamato da parte degli amministratori al bisogno, quando la società ha esigenza di avere ulteriore denaro.

Questo credito verso i soci è un credito che non ha termine. L’eventuale termine è un termine a favore della società, nel senso che questo credito è sempre liquido ed esigibile, può essere richiamato in qualunque momento da parte degli amministratori.

C’è qui un problema di un eventuale inadempienza da parte del socio. Il socio che deve qualcosa ma non adempie. Per questi conferimenti è prevista una disciplina particolare che riguarda il socio inadempiente o moroso. Questa disciplina stabilisce che (molto simile tra S.p.a. (Art. 2344) e S.r.l. (Art. 2467)), gli amministratori prima di fare l’attività esecutiva verso i soci devono mettere in mora il debitore socio. Si deve assegnare un termine entro il quale il socio deve adempiere, poi si passa alla fase esecutiva. Si attiva in maniera forzata, coatta l’obbligazione che il socio ha verso la società.

Questa attività esecutiva può avvenire in modo **ordinario** (secondo le regole che si applicherebbero nei confronti di qualunque debitore) oppure può avvenire con **una forma societaria** di esecuzione che consiste nel fatto che l’attività di esecuzione viene realizzata sulle partecipazioni del socio moroso. Le partecipazioni vengono acquisite dalla società e successivamente vendute, prima di tutto agli altri soci, poi rivolgendosi ai terzi.

Si tratta di una possibilità in S.r.l e un dovere nella spa cioè quella di rivolgersi al terzo. Nella misura in cui non si trovi nessun compratore il socio viene escluso dalla società (esclusione obbligatoria). Questo comporta l’annullamento della sua partecipazione e la riduzione del capitale sociale corrispondente. Al socio moroso è precluso il diritto di voto.

Il fatto che ci si rivolga prima agli altri soci dipende dal fatto che il prezzo è un prezzo di favore, è il valore contabile, vendo prima ai soci quindi e poi a terzi.

LEZIONE 5(9/03/2021)

**CONFERIMENTI DIVERSI DAL DENARO**

Se vogliamo utilizzare dei conferimenti diversi dal denaro, abbiamo bisogno che ci sia una espressa indicazione da parte della clausola contrattuale per rendere possibile il conferimento.

I conferimenti diversi dal denaro impongono **due tipi di problemi**:

* Il primo problema è molto italiano: questa disposizione esiste sin dai tempi in cui il codice è stato scritto e non è stata modificata dalla riforma che restringe il perimetro dell’area del conferibile. Questa restrizione non è prevista nella norma europea sulla formazione del capitale sociale. Noi invece abbiamo questa restrizione non solo nella Spa, ma anche nella Srl e quindi in entrambi i casi l’area del conferibile deve scontare questa precisazione/restrizione. Questa restrizione è contenuta al terzo comma dell’art 2342 che poi è ripresa dal 2464 comma 5 del codice (per la Srl). **Per conferire a capitale, in una società italiana occorre che l’oggetto del conferimento sia integralmente liberato al momento della sottoscrizione**. (conferimenti diversi dal denaro)

Mentre per quanto riguarda la liberazione dei conferimenti in denaro invece **non deve essere integrale, salvo l’ipotesi in cui ci sia una società unipersonale.** Quindi salvo questa ipotesi, si può liberare parzialmente il conferimento.

**I conferimenti devono quindi essere integrali, immediati e disponibili, in senso sia giuridico che materiale.**

**Quindi io non posso conferire qualcosa che non si presti ad una immediata e integrale liberazione da parte del conferente**. L’oggetto del conferimento deve essere necessariamente qualcosa che può essere liberato da subito da parte del conferente.

Liberazione al momento della sottoscrizione significa che la costituenda (quindi i futuri amministratori) devono mettere sotto la disponibilità giuridica a favore della beneficiaria del conferimento. Con il consenso del socio al momento della sottoscrizione del contratto, deve passare titolo giuridico per avere il diritto sul bene che costituisce oggetto di conferimento.

Titolo giuridico per consentire alla società per avere la possibilità di disporre circa l’uso del bene che sto conferendo.

La società deve essere in grado di avere da subito titolo per poter esercitare il suo diritto, diverso a seconda del conferimento, sul bene oggetto di conferimento. **Ne consegue che per esempio non possono essere conferiti beni generici, beni altrui o beni futuri.**

**KNOW\_HOW: conferibile o no?** 🡪 Questa disposizione ha creato, in passato, non pochi problemi: perché questo potrebbe avere bisogno della cooperazione del socio per poter essere applicato nel procedimento produttivo. In quanto invenzione non brevettata si potrebbe non avere la disponibilità integrale delle cose che servono per utilizzare l’invenzione, e quindi aver bisogno del socio.

In quest’ottica era stata dubitata l’ammissibilità di questo tipo di conferimenti, in quanto non si prestano ad un’immediata liberazione.

L’orientamento prevalente ritiene che anche l’invenzione non brevettata, benché non possa escludere un minimo di cooperazione con il socio conferente, **può essere comunque conferita in una S.p.A. o s.r.l.**

MA…🡪 in secondo luogo, la caratteristica del conferimento diverso dal denaro è che questo **deve essere idoneo ad essere valutato in termini ragionevolmente attendibili.**

Il know-how, che benché utili, non sono valutabili in termini ragionevolmente attendibili e di conseguenza non possono essere conferiti a titolo di capitale.

**La VALUTAZIONE del conferimento**, come in tutte le società, deve essere effettuata da parte dei soci: i soci devono attribuire al conferimento apportato il valore che intendono assegnare ai fini dell’imputazione a capitale sociale. La disciplina dei conferimenti diversi dal denaro in maniera abbastanza simile tra la S.p.A. (vincolata alle norme del diritto europeo) e la s.r.l.

Di massima, i soci quando valutano stabiliscono anche l’entità della partecipazione sociale che spetta al socio conferente, cioè stabiliscono i rapporti che i soci hanno all’interno della società.

**NELLE SPA e SRL**

**Questa valutazione è assoggettata al CONTROLLO in una società di capitali.**

* In che modo avviene il controllo della valutazione dei beni diversi dal denaro? Questo avviene stabilendo **l’obbligo per il socio conferente di produrre una relazione giurata di stima la cui funzione è quella di controllare il valore**.

🡪Nel caso di S.p.A. deve essere prodotta da un esperto designato dal Tribunale,

🡪mentre nella s.r.l. la medesima relazione può essere redatta da un qualunque revisore contabile che viene liberamente scelto da parte del socio conferente.

* In cosa consiste questo controllo? La relazione deve contenere, da un lato**, la descrizione dei beni, con l’individuazione del criterio tecnico di valutazione.** In alcuni casi, ci possono essere, in concorrenza, più criteri di valutazione, ad esempio, nel caso di conferimento d’azienda. Riferimenti: artt. 2343 e 2465 Codice civile.

Queste relazioni si concludono con la formula “il bene vale almeno 10.000 euro”, **cioè una valutazione che deve essere approssimativa per difetto**. Non importa che la valutazione possa essere superiore, non si esclude che il valore del bene possa essere addirittura superiore.

**Questa cifra rappresenta, per i soci, la soglia massima di valutazione**. Cioè i soci possono attribuire all’entità da conferire un valore non superiore a quello che appare nella relazione del perito. I soci possono anche discostarsi, e talvolta lo fanno, ma può avvenire soltanto al ribasso. La ragione è intuitiva: questo sistema di controllo serve per assicurare una formazione del capitale che sia il più possibile effettiva. Si vuole evitare l’annacquamento del capitale.

* Se il socio sceglie il perito e si accorda per avere un valore più elevato? Si ha **il reato di falsa perizia, nonché la responsabilità civile per i danni cagionato.**

Si ricorda che la valutazione è fatta dai soci, non dai periti. **Le spese di perizia del bene sono a carico del socio conferente.**

**NELLE SPA**

**Si ha un *ulteriore controllo* da parte degli amministratori nel caso di conferimento.**   
La disposizione a riguardo è esplicitamente prevista dall’art. 2343, mentre non è prevista all’art. 2465.   
  
**La ragione per la quale è richiesto** questo ulteriore controllo nei confronti dell’organo amministrativo si può spiegare in questi termini:

* l’amministratore quando riceve il bene conferito e valutato dai soci, lo apprende e lo fa passare nell’ambito del sistema delle scritture contabili, finalizzate alla redazione del bilancio di esercizio.Il bene è iscritto per il valore che i soci hanno stabilito, benché controllato dall’esterno per il tramite del perito. Gli amministratori prendono quindi la valutazione fatta dai soci con una logica che è quella di acquisire la partecipazione all’interno della società. Il valore dei conferimenti rappresenta il prezzo che i soci stabiliscono per l’attribuzione reciproca della partecipazione sociale. **Dunque:il dovere di controllare il valore entro 180 giorni si giustifica nella prospettiva di permettere agli amministratori di valutare se il valore attribuito dai soci può essere mantenuto all’interno delle scritture contabili (e in futuro in bilancio) oppure no.**

Gli amministratori devono valutare non secondo la logica del socio, il cui obiettivo è quello di ottenere una partecipazione sociale più alta possibile; devono valutare secondo l’obiettivo di assicurare che il bene iscritto all’interno del sistema contabile sia iscritto in maniera corretta. Se gli amministratori ritengono che il valore dato dai soci possa andare bene anche in un’ottica economico-imprenditoriale, mantengono il bene.

**I problemi solitamente si creano nel caso in cui gli amministratori (che sono diversi dai soci) pervengono a risultati DIVERSI rispetto a quelli dei soci**.

* Se gli amministratori ritengono che l’utilità del bene conferito sia MAGGIORE del valore assegnato dai soci, gli amministratori non possono che confermare il valore assegnato dai soci.   
  **Questo perché il *principio della prudenza* impone che un bene venga valutato al costo di acquisto/di acquisizione: per gli amministratori il costo di acquisto/di acquisizione è quanto stabilito dai soci**.

In questo caso nasce una PLUSVALENZA DA VALUTAZIONE che rimarrà latente (possono essere considerate nel bilancio solo quelle da realizzo=realizzazione della vendita)

* Il problema solitamente si pone nel caso in cui gli amministratori identifichino un valore **MINORE** rispetto a quello indicato dai soci. **In ogni caso, gli amministratori devono considerare per prudenza il valore più basso. 🡪** (ES: automezzo valutato 100 ma gli amministratori, sulla base dell’utilità che il bene avrà per l’impresa, vale 90 > devono scrivere 90)  
  In questo caso nasce una MINUSVALENZA DA VALUTAZIONE cioè un componente negativo di reddito che andrà ad abbattere il reddito di esercizio.

**Secondo la norma, lo scostamento tra valore iniziale (dei soci/perito) e valore successivo (degli amministratori) può essere tollerato nel limite in cui il minor valore sia contenuto nel 20%.**

(ES: stima dei soci = 100, stima degli amministratori = 81 🡪 scrivo in contabilità il minor valore; devo quindi registrare una minusvalenza > si opera una diminuzione del bene in SP con contropartita componente di reddito negativo in CE per 19.)

**Nel caso in cui la differenza tra valore iniziale e valore successivo supera il 20% (per gli amministratori vale al massimo 80), la riduzione NON PUO ESSERE PORTATA A CE e quindi non può gravare su tutti i soci indirettamente attraverso un minor reddito**

**Si impone un rapporto diretto tra società e socio conferente >> l’amministratore deve rivolgersi al socio conferente prospettando TRE ALTERNATIVE:**

- il socio si accontenta di una minore partecipazione: il valore del bene viene portato in riduzione del capitale sociale riducendo il valore della partecipazione

- il socio apporta la differenza in denaro: il valore del bene viene ridotto e si ottiene dal socio conferente la differenza in denaro per mantenere invariato il capitale sociale

- il socio esercita il diritto di recesso: **si tratta dell’unico caso in cui il recesso viene pagato in natura, cioè attraverso la restituzione del bene.**

(Nelle altre ipotesi, il recesso viene sempre pagato in denaro, per il valore della quota della sua partecipazione).

Si ha un’ulteriore questione che riguarda SOLAMENTE le s.p.a.: si tratta del procedimento **di controllo semplificato.**

Gli articoli di riferimento sono 2343-ter e 2343-quater. Si tratta di norme molto tecniche. Il legislatore europeo, attraverso queste norme, prevede un procedimento di controllo semplificato, alternativo a quello ordinario.

La norma distingue tra due tipologie di conferimenti:

* **I conferimenti di valori mobiliari** ovvero di strumenti del mercato monetario.  
  Si fa riferimento agli strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati o quotati nell’ambito di qualche mercato.

Il mercato monetario è la frazione di mercato finanziario in cui sono negoziati strumenti a breve termine. Esempi di strumenti del mercato monetario sono le cambiali finanziarie e i buoni ordinari del Tesoro (BOT).

**Se si conferisce uno strumento quotato, in alternativa al procedimento ordinario è possibile utilizzare come parametro massimo (uguale e non superiore) di riferimento, equivalente al valore che si trova nella relazione del perito, il valore medio della quotazione dell’ultimo semestre.**

* **In tutti gli altri casi (quando si conferiscono entità diverse da valori mobiliari o strumenti del mercato monetario)**, è possibile **evitare il procedimento ordinario al ricorrere di due condizioni alternative:**
* **il bene conferito è iscritto nel bilancio del conferente in cui è utilizzato il criterio del fairvalue**   
  Ad esempio: si conferisce un brevetto, che è iscritto in bilancio al **fair value**. La norma dice che non è necessaria la perizia, ma è possibile utilizzare come benchmark (parametro di controllo per il conferimento) il valore indicato a fair value (uguale o minore, il fv è soglia massima) nel bilancio del conferente.

Si deve trattare di una società che redige il proprio bilancio secondo i principi contabili internazionali. Solitamente il perito per la sua valutazione fa riferimento al valore corrente, di mercato. Se già la valutazione al fair value è contenuta nel bilancio, il conferente può evitare la redazione della relazione utilizzando il valore presente in bilancio.

Normalmente questo avviene in società quotate, il cui bilancio deve essere sottoposto a revisione legale e il giudizio di revisione non deve presentare rilievi in ordine alla valutazione del bene oggetto di conferimento.

* **il bene che si sta conferendo è stato oggetto di una valutazione.**

Si immagini l’ipotesi in cui si stava per fare la costituzione di un’altra società, ma per qualunque ragione la costituzione non è avvenuta ed il soggetto dispone della relazione. **Se la relazione ha data non antecedente ai 6 mesi dal giorno del conferimento, è possibile utilizzare quella relazione senza che se ne debba chiedere una ulteriore.** Il valore che risulta dalla relazione è il valore massimo che i soci devono considerare nelle valutazioni reciproche per assegnare le partecipazioni. L’obiettivo perseguito da questa semplificazione consiste che laddove si sia in presenza di una stima ragionevole ed obiettiva del bene, ne segue non c’è bisogno di sostenere ulteriori costi per avere una valutazione specifica. La ratio è quella di alleggerire sul piano economico il socio conferente.

**L’art. 2343-quater introduce un controllo da parte degli amministratori**. Secondo questa norma, gli amministratori devono, **entro 30 giorni dal momento in cui si è completata la costituzione:**

**🡪 verificare che non siano intervenuti fatti eccezionali che hanno inciso sui valori mobiliari o sugli strumenti del mercato monetario in modo tale da modificare sensibilmente il valore di tali beni.**

La norma richiede all’amministratore di verificare se il valore è attendibile o meno, cioè deve verificare se ci sono verificati fatti eccezionali che hanno portato a stabilire o a giungere che quel valore di media non è attendibile. Il fatto eccezionale rende inattendibile il valore che si utilizza ai fini del controllo del valore conferito.

**🡪 Per quanto riguarda gli altri conferimenti, gli amministratori devono controllare che non si siano verificati fatti nuovi rilevanti tali da modificare sensibilmente il valore dei beni e dei crediti conferiti iscritti a fair value** ovvero fatti che rendano poco attendibile la relazione di stima che è stata utilizzata e in luogo richiederne una nuova. I fatti rilevanti devono riguardare i requisiti di professionalità e indipendenza dell’esperto che ha reso la valutazione utilizzata ai sensi dell’art. 2343-ter lettera b.

**Se ci sono fatti eccezionali e fatti nuovi rilevanti, gli amministratori devono chiedere ai soci conferenti di attivare il procedimento ORDINARIO di valutazione.** Se dal controllo effettuato dagli amministratori ne segue che il valore noto non è attendibile perché c’è stato un fatto eccezionale oppure ci sono stati fatti nuovi rilevanti che hanno reso inattendibile il fair value o la valutazione di stima già disponibile, gli amministratori devono comunicare al socio conferente la riattivazione del procedimento ordinario di controllo del conferimento chiedendo la relazione di un perito ai sensi dell’art. 2343.

Il controllo che gli amministratori sono chiamati ad effettuare ai sensi dell’art. 2343-quater (QUEST’ULTIMO) non è un controllo alternativo rispetto a quello del comma 3 dell’art. 2343. Si tratta di un controllo complementare. **Altra cosa è il controllo che comunque l’amministratore deve effettuare entro 180 giorni dalla costituzione della società che consiste in una valutazione del valore dei beni conferiti per vedere se il valore assegnato dai soci regge o meno nell’ottica dell’economia dell’impresa.**

**NELLE SRL**

**In riferimento alla s.r.l.,** ci si trova davanti ad una **norma che NON contempla la possibilità di questo tipo di controllo da parte degli amministratori. MA..**

**L’art. 2465 si** limita a parlare della relazione del perito, ad applicare le disposizioni sanzionatorie e rinvia all’art. 2343, comma 4 e 5 e **non al comma 3** dove invece è previsto il controllo degli amministratori. Problema: davanti a un conferimento diverso dal denaro, l’amministratore di s.r.l. accetta il valore attribuito dai soci oppure no?

Nel caso in cui l’amministratore non faccia nulla, manterrebbe all’interno del sistema contabile una valutazione che potrebbe non corrispondere alla valutazione corretta.   
Anche nella s.r.l. per il principio generale di corretta tenuta delle scritture contabili, l’amministratore è obbligato ad effettuare il controllo di una valutazione che è stata fatta dai soci ai fini del conferimento.

🡪**Si può dire quindi che anche nella s.r.l. il controllo ex post degli amministratori non può non esserci**, perché gli amministratori sono tenuti ad una corretta tenuta delle scritture contabili e quindi il valore dev’essere verificato, dal momento che gli amministratori sono responsabili di quanto scritto nelle scritture contabili.

* Se gli amministratori ritengono che il valore del bene sia MAGGIORE di quello dato dai soci, vale il principio di prudenza che impone di mantenere il costo di acquisizione.
* Il problema si è posto nella s.r.l. quando gli amministratori rivalutano il bene e quindi pervengono ad un valore diverso E MINORE : si tratta di una questione ancora aperta dal punto di vista pratico ed operativo per cui **non sono state ancora previste soluzioni adeguate.**

🡪Qualcuno prospetta l’applicazione analogica della s.p.a. alla s.r.l, quindi anche il comma 3 dell’art. 2343, benché non espressamente richiamato, si può applicare alla s.r.l. (opinione maggioritaria).

🡪Ci sono altre soluzioni: alcuni ritengono di imporre il pagamento della differenza al socio conferente sempre e comunque, anche se non c’è una precisa previsione normativa, mentre altri ritengono che la minusvalenza gravi su tutti i soci portandola in CE come componente negativo di reddito. Non è chiara quale sia la soluzione preferibile.

LEZIONE 6 (10 /03/2021)

**CONFERIMENTO CAPITALE IN “IMPEGNO IN FARE”**

Il socio si impegna ad eseguire una **prestazione lavorativa, o a prestare un servizio,** per un certo periodo di tempo nei confronti della società nella quale vuole entrare.

La questione è se questo “obbligo di fare” può essere oggetto di conferimento a capitale. Il discorso è diverso a seconda se si prende in considerazione una SPA o una SRL:

* Nella SPA vi è una norma (art 2342 co 5) in cui si pone il DIVIETO di conferire opere o servizi: il socio di una SPA non può conferire a capitale opere o servizi. È una norma che ha origine nel diritto europeo. La ragione per la quale vi è questo divieto è che è difficile procedere ad una valutazione ragionevolmente attendibile della prestazione di opere e servizi.
* Nella SRL, che non è vincolata sulla disciplina del capitale sociale, vi è una soluzione (art 2364 co 6): è CONSENTITO il conferimento a capitale che ha ad oggetto opere e servizi, a **condizione che il conferimento avvenga assieme alla presentazione di una polizza assicurativa o fideiussione bancaria con la quale vengano garantite la prestazione di opera o servizi.**

🡪 Nella SRL è consentito conferire “un fare”: il conferimento di questo “fare” può essere iscritto a capitale sociale e quindi lo si deve andare a valutare.

Se le prestazioni di fare sono difficilmente valutabili, queste difficoltà permangono anche nella srl. In questa disposizione si supera tale difficolta attribuendo un valore al conferimento. Il valore alla prestazione d’opera o di servizio viene attribuito dai soci di comune accordo. Questo valore però deve essere garantito attraverso di una garanzia (le garanzie a cui si riferisce la norma sono polizze di assicurazione o fideiussioni bancarie). Si scelgono queste garanzie in quanto sono garanzie autonome a prima richiesta: quando il beneficiario della garanzia escute la garanzia, il garante non può esimersi dal pagare. (garanzia che tutela molto il beneficiario).

ESEMPIO: *Se attribuisco il valore di 20.000 euro per la prestazione di un paio d’anni all’interno della società, il socio che conferisce questo impegno deve procurarsi questa garanzia che garantisca per l’intero valore il conferimento convenuto con gli altri soci.*

**La funzione di questa garanzia serve per raggiungere 2 obiettivi:**

1. **Tutelare il creditore dal rischio di inadempimento.**

La società che riceve per conferimento la prestazione di opera e servizio è creditrice nei confronti del socio, quindi la garanzia servirà a tutelare il creditore dal rischio dell’inadempimento del socio. La società, nel caso di inadempimento del socio, può escutere la garanzia al fine di recuperare il valore che utilizzerà per pagare un’altra persona per far quello che il socio non ha fatto. (pagare un terzo che esegua la prestazione non adempiuta).

Viene escossa sola la parte di competenza, non tutta la garanzia. L’escussione non può essere totale ma parziale altrimenti vi è arricchimento ingiustificato.

1. **Proteggere la società in caso di valutazione sbagliata**

I soci nel valutare la prestazione possono sbagliare il valore attribuito (valore differente).

Se la prestazione è stata sottovalutata nessun problema, in questo caso non si creano fenomeni di annacquamento del capitale.

Il problema sorge quando il socio si impegna a fare una prestazione che sul mercato si potrebbe recuperare spendendo meno 🡪 prestazione sopravvalutata. In questo caso escuto nuovamente la garanzia al fine recuperare il denaro che mi serve pagare una persona che affiancherà il socio a svolgere la prestazione 🡪 così la società si protegge dal rischio specifico dell’errore di valutazione.

Se si trasferisce la partecipazione in automatico il socio è inadempiente. Nell’ipotesi di trasferimento si ha la possibilità di escutere la garanzia.

La società può avere un’utilità specifica dalla prestazione del socio ovvero questa può non essere fungibile. La funzione della garanzia è sostitutiva della relazione, serve per tutelare l’effettiva formazione del capitale.

**OPERAZIONE DI AUMENTO DEL CAPITALE SOCIALE**

Durante la vita della società questa può aumentare la cifra di cs. Si tratta di una modifica dell’atto costitutivo nella parte in cui fissa l’entità del cs.

La normativa di riferimento art da 2438 a 2444 per SPA, art da 2481 a 2481 ter per SRL.

Le norme prevedono due metodi per l’aumento di capitale sociale:

* AUMENTO NOMINALE 🡪 aumento senza nuovi conferimenti utilizzando risorse già presenti nella società
* AUMENTO REALE 🡪 si incrementano le risorse patrimoniali all’interno della società (quindi con risorse esterne).

**AUMENTO NOMINALE:**

Aumento senza apporto di nuove risorse: è **IDENTICO nei due tipi di società (SRL e SPA)**. Si tratta di utilizzare risorse già esistenti vincolandole a cs.

Queste risorse sono rappresentate dalle riserve disponibili, ovvero la riserva disponibile viene ridotta o estinta perché il suo valore va ad incrementare il cs (modifica del patrimonio netto).

Si realizza un cambiamento del regime di disponibilità di queste voci:

* **Le riserve disponibili (art 2442)** *sono le riserve utilizzabili dai soci ovvero questi possono disporne liberando corrispondenti riserve e acquisendo le corrispondenti risorse patrimoniali. Esse possono essere spostate a cs aumentandolo diminuendo il patrimonio netto che quindi subisce cambiamenti sul piano della sua struttura.*

Prima di poter attingere a tale riserva ci deve essere **una decisione da parte dei soci**, la quale può essere presa: **Modificando lo statuto, oppure NON modificando lo statuto** (riserva volontaria) come accade per gli utili accantonati

.

Sono riserve disponibili tutte quelle voci di netto, con l’eccezione della:

🡪riserva legale (art. 2430)

🡪della riserva da sovrapprezzo (art. 2431)

fintanto che la riserva legale non abbia raggiunto il 20% del capitale sociale, disponibili come le voci create per statuto (che è possibile liberare con una modifica dello statuto) e le riserve non statutarie ma volontarie che possono essere liberate con una decisione dei soci non modificativa dello statuto e infine gli utili accantonati negli esercizi.

* Può essere effettuato anche con **l’emissione di nuove azion**i le quali abbiano le stesse caratteristiche di quelle già in circolazione, assegnandole gratuitamente ai soci che quindu non vada a modificare le partecipazioni all’interno del capitale sociale

**Le caratteristiche** di questa operazione di aumento nominale è che un’operazione di aumento del cs che avviene tramite passaggio di riserve a cs:

1. operazione decisa solo ed esclusivamente dai soci
2. operazione che non può mai alterare i rapporti tra i soci (deve mantenere la proporzione delle quote di proprietà)

Il valore nominale delle azioni non può essere differente per effetto dell’aumento. Rimane inalterato salvo cambiamento dell’atto costitutivo

**AUMENTO REALE/ A PAGAMENTO:**

*L’aumento a pagamento/reale di cs che si ha per acquisire nuove risorse (denaro o in natura).*

*L’aumento reale si ha per l’introduzione di nuove risorse attraverso i conferimenti dunque non vi sono significative differenze rispetto alla costituzione per i conferimenti*.

Si tratta i un’operazione che ha pochissimi punti in comune tra i due tipi societari e molti punti di differenza

**Punti in comune tra SRL e SPA:**

1. **posso decidere l’aumento reale del cs se ho integralmente liberato il capitale esistente** (se ho ancora crediti vs/soci non posso aumentare a pagamento).
2. questa decisione normalmente (di regola) **è una decisione inscindibile** ovvero si decide di quanto aumentare il cs e l’operazione normalmente si completa quando tutto l’aumento è stato sottoscritto da parte dei soci. Nel caso in cui una parte di cs non venga sottoscritta l’aumento non può essere realizzato.

Di massima l’operazione è inscindibile ma questa può essere **derogata** dai soci con l’inserimento di una clausola che rendere scindibile l’aumento reale del cs (nei limiti di quanto sottoscritto).

**Nel caso in cui il capitale non sia sottoscritto e l’aumento è inscindibile l’aumento non potrà effettuarsi.**

**L’aumento reale del cs può essere delegato dai soci agli amministratori. Questa delega è circoscritta** temporalmente e quantitativamente. Non può essere una delega in bianco, deve essere una delega non eccedente il quinquennio e per un importo fissato dai soci.

Questa modifica non subisce variazioni rispetto ad un'altra modifica dell’atto costitutivo.

Al momento, per effetto di una norma rientrante nella disciplina emergenziale art 44 decreto legge 767/2020 dispone, per spa e srl, che l’aumento del capitale sociale fino al 30/6/2021 può avvenire a maggioranza del capitale rappresentato in assemblea indipendentemente anche dalle eventuali regole diverse previste dallo statuto.

L’obiettivo è stato quello di cercare di semplificare la possibilità di aumentare il capitale sociale all’interno di società di capitali. Sono previste anche delle agevolazioni fiscali, **comma 263 della legge di bilancio 178/2020, nel senso che almeno una parte dei conferimenti può dar luogo ad un credito di imposta a favore del socio conferente.**

**SPA**

**La disciplina dell’aumento reale del capitale sociale è nel caso della SPA affidata ad una norma: art 2441 cc**.

La norma disciplina il **DIRITTO DI OPZIONE** in caso di aumento di capitale sociale a pagamento in una spa. 🡪 *Il diritto di opzione è un diritto sociale (può spettare anche ad un socio potenziale/futuro, oltre che ai soci “normali”) di optare sull’aumento di capitale.* Diritto di optare sulle partecipazioni, sulle azioni, che vengono emesse a seguito dell’aumento di capitale. Di massima è un diritto che consente ai soci preesistenti di partecipare pro quota all’aumento di capitale che appunto la società decide.

**Quale è la funzione del diritto di opzione?**

🡪La funzione è quella di rendere l’aumento di capitale un’operazione neutra sul piano della partecipazione sociale, senza avere impatto sui rapporti reciproci preesistenti e intercorrenti tra i soci. Ogni socio attraverso l’opzione ha il diritto di partecipare pro quota rispetto all’aumento del capitale sociale; quindi io (socio) ho il diritto di sottoscrivere una partecipazione proporzionale a quella preesistente in modo tale da inalterate i rapporti tra soci.

**SE NON VIENE ESERCITATO IL DIRITTO DI OPZIONE:**

Io socio ha il diritto di opzione, ma non si ha il dovere di partecipare all’opzione…se poi NON sottoscrivo le azioni che mi spettano in opzione in questo caso è possibile:

1) che le azioni non optate vengano sottoscritte dagli altri soci che ne hanno fatto richiesta,

2) nella spa nel caso non vi sia questa richiesta è possibile che le azioni inoptate vengano cedute a terzi.

Il socio potrebbe decidere di vendere l’opzione a un soggetto realizzando un mercato delle opzioni nelle società quotate. Spesso sono incorporate in uno strumento finanziario chiamato warrant.

La richiesta va fatta nel momento in cui esercito l’opzione.

Già prima di deliberare l’aumento vi sono degli intermediari che si prendono cura di acquisire/sottoscrivere le azioni inoptate.

**Il diritto di opzione è un diritto disponibile per la maggioranza ordinaria rispetto alla modifica dell’atto costitutivo.** Si può infatti stabilire che l’aumento avvenga senza esercizio del diritto di opzione, sottraendo il diritto in tutto o in parte ai soci con una decisione di maggioranza.

La cosa deve essere sorretta da una ragione, ovvero la scelta della maggioranza di derogare al diritto di opzione va motivata. Ci riferiamo al 5 comma art 2441, che evoca un’esigenza di interesse sociale, cioè la maggioranza può derogare totalmente o parzialmente al diritto di opzione se l’interesso sociale lo esige. Vi deve quindi essere un interesse della società (un esempio particolare è quando l’aumento di capitale sociale deve essere esercitato non in denaro ma con conferimenti diversi, es. conferimento di un fabbricato).

Il SOVRAPREZZO è una conseguenza della deroga 🡪 **Il sovrapprezzo è obbligatorio nel caso di deroga al diritto di opzione. E’ un apporto da parte del socio (non soggetto a restituzione) è una sorta di corrispettivo da parte del singolo per l’accesso alla società**

Il PREZZO DI EMISSIONE delle nuove azioni🡪 prezzo al quale vengono vendute le azioni di chi non ha esercitato il diritto di opzione…presenta dei problemi, ogni volta che derogo c’è infatti un problema di prezzo.

Nel caso in cui vi sia una deroga al diritto di opzione:

1. Da un lato il prezzo di emissione deve essere **stabilito in base al valore del patrimonio netto.**
2. Dall’altro lato si chiede anche una **relazione di congruità sul prezzo di emissione** così determinato. 🡪Tale relazione di congruità può essere data o dall’collegio sindacale (organo di controllo) o dalla società incaricata della revisione contabile.

(1)Il prezzo di emissione determinato in base al valore del patrimonio netto **significa**: (non è chiarissimo, ci sono due opinioni)

* secondo alcuni che il patrimonio netto sia in realtà il patrimonio contabile e quindi il prezzo di emissione deve essere determinato in base al patrimonio netto contabile,
* secondo altri (opinione più convincente) che il patrimonio netto si intende come patrimonio netto effettivo e quindi bisogna determinare il valore economico del patrimonio netto effettivo della società.

Al di la delle due opinioni va **tenuto presente che il patrimonio netto sia contabile che effettivo/economico è patrimonio netto e quindi in ogni caso il prezzo di emissione**, **in caso di deroga all’opzione, deve avere un sovrapprezzo rispetto al valore nominale.**

Quindi valore nominale più un sovrapprezzo, e questo sovrapprezzo potrebbe coincidere con le riserve contabili o in un’altra prospettiva con il valore di avviamento della società.

**La seconda parte del 4 comma dell’art 2441:**

consente alle società quotate di realizzare, da parte degli amministratori, **una deroga legale al diritto d’opzione del 10%, aumentata ora al 20% fino 30/6/2021 (art 44 legge 178/2020), per quanto riguarda le azioni di nuova emissione, le quali possono essere acquisite direttamente dagli amministratori per essere poi cedute direttamente al mercato.**

**SRL**

Per quanto riguarda le SRL la **norma di riferimento sull’aumento del capitale sociale è l’art 2481bis**.

Tale norma introduce il diritto di opzione, qualificandolo come **DIRITTO DI SOTTOSCRIZIONE**🡪 *diritto che viene attribuito ai soci che consente di concorrere pro quota all’aumento del capitale sociale con la finalità di mantenere inalterati i rapporti reciproci tra soci preesistenti (uguale al diritto di opzione ma la diffrrenza sta nella possibilità di disporre del diritto, vedo sotto)*

In generale il diritto di sottoscrizione all’aumento di capitale, in capo al socio, è una possibilità per lo stesso, ma sicuramente non un dovere.

Quando non viene esercitato il diritto di sottoscrizione delle nuove quote (sottoscrizione non esercitata dal socio) è possibile:

1. la cessione delle stesse ad altri soci
2. o in alternativa le quote non sottoscritte possono essere cedute ai terzi (nel caso in cui la società possa ammettere terzi al suo interno, infatti la SRL potrebbe essere del tutto chiusa).

**Il profilo di cambiamento tra gli istituti del diritto di opzione e del diritto di sottoscrizione è la possibilità di disporre del diritto.**

**🡪** Nella SRL la possibilità di disporre del diritto è **subordinata ad una clausola contenuta nell’atto costitutivo. Quindi la limitazione totale o parziale del diritto di sottoscrizione è possibile solo se lo statuto prevede una clausola ad hoc**.

In assenza di una clausola di questo tipo la deroga al diritto di sottoscrizione non può avvenire e non può essere realizzata.

In presenza della clausola appena citata nello statuto della SRL e nel caso in cui la deroga al diritto di sottoscrizione venisse esercitata, la maggioranza potrebbe decidere di aumentare il capitale sociale e il socio dissenziente verrebbe tutelato in quanto avrebbe la facoltà di recedere dalla società (diritto di recesso) (dissenziente in quanto la sua partecipazione verrebbe alterata nei rapporti di forza rispetto agli altri soci).

Nelle SPA il socio dissenziente può vendere le proprie azioni, non gli serve avere un diritto di recesso.

Nelle SRL l’introduzione della clausola, durante societate (in assemblea), che consente alla maggioranza di derogare al diritto di sottoscrizione è possibile soltanto mediante decisione assunta a **unanimità (**maggioranza richiesta per la modifica dello statuto).

**CONFERIMENTI A PATRIMONIO:**

*DEF🡪 Sono conferimenti diversi dal capitale, bensì di patrimonio, cioè entità acquisite dalla società a titolo di conferimento ma che NON transitano a capitale sociale.*

Non tutti ritengono ammissibili i conferimenti a patrimonio, in quanto alcuni ritengono che il conferimento debba necessariamente essere a capitale; anche se in realtà è stato dimostrato che si possono conferire delle entità per scelta o per esigenza senza passare dal capitale sociale. Si fa riferimento ad entità, beni e servizi, utili per le società di capitali al fine dello svolgimento dell’oggetto sociale, che non possono essere conferite a capitale sociale in quanto non in linea con alcuni requisiti essenziali, come entità che non possono essere valutate o immediatamente liberate (possono essere invece conferite a patrimonio).

**Vi sono state 2 sentenze del tribunale di Brescia** ( a disposizione nei materiali): sono state rese in un procedimento di omologazione, in cui il notaio si era rifiutato di rogitare un atto costitutivo di una SRL e i soci non di meno hanno chiesto al tribunale di omologare quell’atto costitutivo; la ragione del rifiuto era il fatto che uno dei soci volesse procedere con un conferimento di bitcoin (valore incerto e troppo volatile delle cryptovalute), entità che presentava un problema sul piano della valutazione che quindi causava incertezza nella formazione del capitale sociale effettivo. Se la società ha bisogno della cryptovaluta perché la ritiene utile per lo svolgimento dell’attività sociale, potrebbe comunque conferire tale entità al di fuori del capitale sociale.

Il PROBLEMA del **conferimento di patrimonio** è la **partecipazione sociale**. In quanto la partecipazione del socio è la partecipazione al capitale della società, la quale ha anche una funzione organizzativa oltre che vincolistica, infatti viene rapportato il peso dei diritti sociali in base a quanto partecipo al capitale sociale stesso (partecipazione = quanto ho concorso alla formazione del C.S.). Se sono socio la partecipazione sociale la devo avere per forza, ma se non ho concorso a formare il c.s. (ma ho fatto un conferimento a patrimonio per esempio) si pone il problema di come faccio ad avere la stessa.

Tutto ciò viene risolto attraverso il **principio di assegnazione non proporzionale del c.s.**

***ES IMPO:*** *Ci sono due soci, uno conferisce 50000 e l’altro conferisce la sua prestazione lavorativa, quindi non può essere tenuta in considerazione per la formazione del c.s., quindi 0. In questo caso la partecipazione sociale spetterebbe solo al socio che ha conferito denaro. Quindi viene in soccorso il principio di assegnazione non proporzionale del c.s. che significa che una parte della partecipazione formativa del c.s. viene attribuita al socio che non concorre a formare il c.s. (il valore di detta partecipazione corrisponderà al valore implicito che i soci attribuiscono all’entità conferita).*

Ci sono altri strumenti per acquisire questa entità non conferibile al c.s., e sono rappresentati dalle **azioni con prestazioni accessorie,** che richiedono da un lato il conferimento e dall’altro la prestazione accessoria (art 2345 cc) e poi vi sono **strumenti finanziari partecipativi** che verranno trattati in seguito.

LEZIONE 7 (16/03/2021)

**IN CHE MODO I SOCI DI UNA SOCIETA' DI CAPITALI POSSONO APPORTARE LE RISORSE FINANZIARIE SENZA REALIZZARE UN CONFERIMENTO.**

**1)Versamenti non qualificati – 2) finanziamenti**

Si tratta di apporti molto diffusi a livello di prassi che sono diversi dai conferimenti. Questo discorso può essere affrontato su due piani: il caso in cui in una società, come spesso accade, il capitale sociale opera come "posta Cenerentola", rimanendo al livello minimo, solo che però la società ha mezzi finanziari necessari per l'attività acquisiti in maniera diversa. Sono delle situazioni che vengono qualificate a livello di letteratura come SOTTOCAPITALIZZAZIONE NOMINALE (non materiale), in sé il capitale sociale è manifestamente inadeguato rispetto al fabbisogno finanziario complessivo dell'impresa, ma il fabbisogno finanziario complessivo è reso adeguato, o per meglio dire non manifestamente inadeguato, da parte dei soci per il tramite di apporti/versamenti a titolo diverso dal conferimento.

**In questo scenario gli apporti vanno distinti in 2 grandi tipologie:**

1. versamenti o apporti non precisamente qualificati da parte dei soci
2. finanziamenti, convenuti con i soci, a titoli di prestito, che i soci fanno nei confronti della società, qualificati come finanziamenti in maniera inequivoca a stregua di prestito.
3. **VERSAMENTI O APPORTI NON PRECISAMENTE QUALIFICATI:**

La prima tipologia di apporti, ovvero quella **per i quali non è precisato il titolo** attraverso il quale l'apporto viene effettuato, è molto diffusa, **il cui problema principale è capire come qualificarli**.

A tal riguardo sono state appena rese **2 sentenze della Cassazione, nello specifico, la 29325 del 2020** fa una "ricognizione" delle questioni su questo tema.

Dal punto di vista concreto questi apporti non qualificati trovano la formulazione dal punto di vista pratico in versamenti o apporti spontanei (spontanei perché non sono obbligatori, il socio non deve nulla dopo i conferimenti iniziali alla società, se li fa li fa in maniera diversa dal conferimento). Sono dei rapporti negoziali tra la società e i singoli soci senza un impegno o un diritto da parte del socio a riprendere questi versamenti (versamenti effettuati a equity, a mezzi propri) e quindi la società non ha il dovere di restituire questi versamenti a determinate scadenze.

Potranno essere restituite alle stesse condizioni alle quali può essere distribuita o utilizzata la riserva da sovrapprezzo per azioni, quindi dopo che la riserva legale ha raggiunto il 20% del CS.

Molto spesso questi apporti vengono decisi all'interno di organi sociali, cioè decisi all'interno di assemblee, infatti esistono delibere a tal riguardo. La maggioranza non ha il potere di obbligare il socio a contribuire all'aumento del capitale sociale, la maggioranza può decidere di aumentare il capitale sociale, poi è il socio che deve decidere o meno di partecipare a questo aumento (salvo che non ci siano dei limiti ai suoi diritti di onere di sottoscrizione che impediscano la partecipazione). Diciamo quindi che la maggioranza ha potere organizzativo di variare all'aumento il capitale sociale ma i conferimenti sono rimessi in capo ai singoli soci. (la decisone non può essere definita delibera)

**Tal volta per ragioni pratiche, di tempo e di costo, dato che l'aumento di capitale è un'operazione che modifica l'atto costitutivo e quindi è un'operazione costosa** (ho bisogno di un notaio verbalizzante che devo pagare**), i soci preferiscono finanziare la società per il tramite di questi versamenti diversi dal capitale.**

Leggendo la pronuncia della cassazione si evince che le **TIPOLOGIE DI APPORTI che fanno parte di questa fattispecie sono:**

* **versamenti di soci in conti capitale,** ovvero versamenti a titolo di patrimonio netto, quindi mezzi propri apportati all'interno della società;
* **versamenti in conto perdite o conto coperture perdite** (es: c'è una perdita e al posto di operare formalmente sul netto, ai fini della sua copertura, si decide di ripianarla attraverso degli apporti dedicati alla copertura perdite) (essenzialmente uguali ai versamenti in c/esercizio)

*Domanda: A seguito di questi versamenti a conto capitale, il socio che li effettua non ha diritto ad una partecipazione maggiore o l'equilibrio sociale rimane invariato?*

*Risposta: Si tratti di versamenti diversi da conferimento, solo con un conferimento ho e deve avere come contropartita una partecipazione sociale.* ***Se faccio un finanziamento a diverso titolo, indipendentemente che questo finanziamento sia a mezzi propri e quindi a equity o a prestito, NON posso avere una partecipazione sociale come contropartita.***

Come detto precedentemente questi versamenti sono effettuati a patrimonio netto e quindi sono dei **MEZZI PROPRI che la società acquisisce senza il dovere di restituire**. Quindi sono dei versamenti che sono regolarmente contabilizzati tra le "altre riserve" che regolarmente raccoglie questi versamenti spontanei.

ECCEZIONE: C'è un unico caso, confermato dalla cassazione, di versamento che NON può dirsi effettuato a titolo di mezzi propri**: VERSAMENTO IN CONTO FUTURO AUMENTO CAPITALE capitale** 🡪Se io apporto genericamente a patrimonio, sto facendo un finanziamento a incremento del netto patrimoniale; “il conto futuro aumento capitale” DEF: *invece è un versamento che il socio fa nella prospettiva di anticipare un conferimento che sarà poi formalizzato con un'operazione di aumento di capitale sociale, la quale operazione può essere o già deliberata o da deliberare.* Quindi diciamo che la società ha esigenze immediate di avere dei finanziamenti e i soci si rendono disponibili ad anticipare i conferimenti attraverso l'apporto in conto futuro aumento di capitale nella prospettiva di una futura operazione di aumento di capitale.

**Le sentenze 29325 e la 29330 del 22 dicembre 2020** riguardano il conto futuro aumento capitale.

Essenzialmente i **PROBLEMI** sono 2:

* come vanno qualificati questi versamenti in conto futuro aumento di capitale?
* in base alla riposta: c'è un diritto o meno alla restituzione di questi versamenti?

*Domanda: Lo possono fare solo i già soci o anche i futuri soci (che magari stanno aspettando l'aumento di capitale, che non può ancora essere deliberato perché non sono stati effettuati tutti i versamenti dei conferimenti in denaro)?*

***Risposta: Può essere effettuato anche dai soci potenziali****, non soltanto degli attuali, perché si tratta di versamenti che devono rientrare nell'ambito di una logica di un'operazione di aumento che ancora è solo in fieri.*

*Domanda: “La società può utilizzare questi finanziamenti per qualcosa di diverso dall'aumento del capitale?”*

Vediamo i principi che caratterizzano questi finanziamenti in conto futuro aumento capitale. La cassazione si è nuovamente pronunciata sulla qualificazione di questi finanziamenti. Questi versamenti non è certo che siano versamenti a PN, lo diventeranno nel momento in cui verrà completato l’aumento. **Secondo la Corte di Cassazione (sentenza 29325) i versamenti quando effettuati istituiscono una posizione di debito verso il socio.** La società acquisisce questi versamenti in prospettiva di utilizzarli. Ma prima la posizione che si accende tra società e finanziatore è una posizione di debito verso il finanziatore/socio. Non è facoltà degli amministratori decidere come rappresentare in bilancio questi finanziamenti in conto futuro aumento capitale. Devono essere rappresentati tra i debiti verso soci. **Questo debito verrà poi estinto attraverso la compensazione in caso di conferimento. Quando l’aumento viene eseguito, il socio finanziatore adempie al conferimento non tramite ulteriore versamento, ma tramite una compensazione**. Il suo credito viene estinto per compensazione, compensandola con il debito per il socio da conferimento.

*Professore la compensazione può avvenire con qualsiasi debito che il socio ha nei confronti della società?”*

Di fatto a partire da una sentenza del 1996, sempre della Cassazione, **un socio può convertire un suo credito verso la società in PN mediante la compensazione ad una operazione di aumento del CS.**

*Domanda: “Nel versamento in conto futuro, può essere prevista una clausola nel caso non venga deliberato l’aumento?” (es: usato per altro? Restituito ? che succede?*

La cassazione fa chiarezza su questo punto. **Se al socio viene chiesto di anticipare l’importo per un aumento di capitale, quell’importo è ad aumento vincolato**. Quell’apporto non potrà essere utilizzato per ragioni diverse rispetto all’aumento. Questo finanziamento ha quindi un vincolo di destinazione. Inoltre, la Cassazione ha aggiunto: **normalmente ci deve essere un termine entro la quale deve concludersi l’aumento.** Se il termine non fosse stato fissato, questo deve essere desunto con il buon senso. In tempi ragionevoli, se ho chiesto un importo per un futuro aumento di capitale, devo procedere con l’aumento di capitale. **La Cassazione ha ribadito che in assenza della decisione di aumento di capitale il socio ha diritto a riprendere il finanziamento.** Anche per questo non può essere inserito tra le voci di PN. Denaro che confluisce regolarmente tra le casse societarie.

La seconda sentenza della Corte di Cassazione (29330) mette in evidenza che questa qualificazione prescinde dal tipo di evidenza che ai versamenti è stato dato in bilancio. L’amministratore non decide come evidenziare in bilancio questi finanziamenti, vanno iscritti tra i debiti.

1. **FINANZIAMENTI**

Passiamo ora all’altra tipologia di finanziamenti diversi, i finanziamenti a titolo di prestito. È un modo alternativo da parte della società per finanziarsi, stabilendo forme di prestito da parte dei soci.

In questo caso si ha un **rapporto di finanziamento (un contratto) tra i soci e la società**, in cui è convenuto quindi il diritto del socio finanziatore alla ripresa dei finanziamenti (e quindi l’obbligo della società a rimborsare il prestito).

La questione che si pone dal punto di vista pratico è capire la DISCIPLINA applicabile a questi finanziamenti.

**SRL**

A tal proposito **l’art 2467** CC, rubricato “finanziamenti dei soci” (nell’ambito delle S.r.l.), introduce la **REGOLA DI POSTERGAZIONE**🡪 **i finanziamenti dei soci sono postergati (subordinati) ai prestiti effettuati da parte di soggetti diversi dai soci**. **I prestiti dei soci, quindi, possono essere rimborsati solo dopo che è stato rimborsato il prestito effettuato da parte di terzi finanziatori.**

Tale regola viene applicata solamente nel caso in cui il finanziamento è offerto in condizioni DIVERSE da quelle di MERCATO, se il finanziamento fosse fatto allo stesso tasso ecc allora no sarebbe subordinato a questa regola.

Tuttavia, è necessario segnalare che la regola della postergazione **NON si applica SOLO perché il socio ha apportato un finanziamento alla società** (non si applica in virtù di un profilo esclusivamente soggettivo).

La postergazione (art 2467, co.1) **è subordinata al fatto che la fattispecie rientri nel** **secondo comma del 2467** (cioè che “*i finanziamenti, in qualunque forma effettuati, sono stati concessi in un momento in cui anche in considerazione del tipo di attività della società, risulta un eccessivo squilibrio dell’indebitamento rispetto al PN oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento*”.

**In conclusione, la regola della postergazione riguarda i finanziamenti che vengono effettuati dai soci ma che non verrebbero effettuati da parte di un terzo razionale** (**finanziamenti anomali**, in qualche modo sostitutivi dei conferimenti, che non sono assolutamente fungibili in quanto nessun operatore razionale sul mercato sarebbe disposto a fare lo stesso finanziamento nelle stesse condizioni…spesso questi finanziamenti sono INFRUTTIFERI🡪 come si stabilisce se sono anonimi? 🡪 Bisogna innanzitutto effettuare la valutazione al momento in cui il credito sorge (in quel momento, come erano le condizioni della società? normali o no?). In ogni caso bisogna impiegare elementi presuntivi (la società poteva andare in banca e ottenere un finanziamento uguale a quello ottenuto dal socio e alle medesime condizioni?).

**Se gli amministratori dispongono il rimborso del finanziamento effettuato dal socio (seppur soggetto a postergazione) PRIMA del rimborso degli altri finanziamenti**, essi ricadono in COLPA

Se tale comportamento è causa o concausa di danno alla società o i terzi, vi sono i presupposti per l’esercizio di un’azione di responsabilità.

**La regola della postergazione, e l’eventuale inefficacia della restituzione nel caso di procedura concorsuale, NON trova applicazione nei finanziamenti NORMALI dei soci**: se i soci effettuano un prestito a condizioni di mercato (la società ha merito di credito, il tasso di interesse è in linea a quello di mercato…) allora non vale la regola di postergazione.

**SPA**

L’art 2467 opera con riferimento alle S.r.l. Tale norma (postergazione) si può applicare anche nel contesto delle spa? Questa è una questione spinosa, bisogna ricordare che:

🡪 **la regola della postergazione risponde all’esigenza di assicurare concretezza al principio di corretto finanziamento nell’ambito dell’impresa**. (il professore non è andato oltre).

Cosa si ottiene in cambio del conferimento? La partecipazione sociale.

Si è detto che nella S.p.A. la partecipazione deve essere standardizzata, tutte eguali tra di loro che contengono i diritti e gli obblighi minimi affinché un soggetto possa essere riconosciuto come un socio.

Ciò perché la partecipazione può (e non per forza deve) essere incorporata nel titolo azionario.

Tutte le azioni devono essere tra loro uguali, ma questo è un principio non assoluto ma bensì relativo. In particolare, tutte le azioni di una società sono accomunate da un elemento, il valore nominale, ottenuto dal rapporto tra il capitale sociale e il numero di azioni emesse. È un elemento fisso che non varia se non attraverso determinate operazioni di raggruppamento.

Il valore nominale potrebbe eventualmente non esserci, e si è consentita la possibilità di avere azioni senza valore nominale. Esse di solito sono riscontrabili in quegli ordinamenti che non hanno una disciplina giuridica del patrimonio netto (USA per es.). La motivazione sottostante è riscontrabile nella maggiore semplicità nel finanziamento a mezzi propri senza dover modificare il numero o le azioni in circolazione.

In Italia ciò non trova riscontro, infatti l’art 2354 c.c. asserisce al terzo comma numero 3 che “*i titoli azionari devono indicare il loro valore nominale o, se si tratta di azioni senza valore nominale, il numero complessivo delle azioni emesse, nonché l'ammontare del capitale sociale*”. Quindi, secondo il prof, l’assenza di valore nominale non consente di operare sul capitale senza modificare le azioni, a causa di quanto asserisce il 2354, e quindi fa venire meno anche la motivazione di utilizzare azioni senza valore nominale.

Molte società invece nella prassi utilizzano ciò per poter essere libere di fissare il prezzo di emissione delle azioni in caso di aumento del capitale sociale.

Se manca pertanto il valore nominale, essa può emettere nuove azioni con un prezzo di emissione liberamente fissabile. Di solito è un prezzo molto basso realizzando così operazioni di **aumento di capitale iperdiluitivo**, perché appunto diluisce su un numero molto alto di azioni l’entità del capitale sociale. Il rischio che ne consegue è che se un socio non partecipa all’aumento di capitale, sarà marginalizzato e quindi ridotta la sua partecipazione.

**Proprio in ragione di ciò ci sono delle clausole a tutela di questi soci nel caso di aumento iperdiluitivo del capitale,** rese legittime dal Consiglio notarile di Milano attraverso la massima n.186. **🡪 esclusa l’ammissibiltà delle azioni a voto plurimo**

LEZIONE 8 (17/03/2021)

*Art 2348 in che modo può essere operata ECCEZIONE al principio per cui le azioni debbano essere di uguale valore e conferire ai loro possessori uguali diritti = STANDARDIZZAZIONE?*

**Nessuna deroga** è possibile con riferimento al fatto che le azioni societarie debbano avere eguale valore, sempre che il valore ci sia nelle azioni ovvero abbiano il VN.

È possibile derogare al principio per il quale le azioni conferiscano ai loro possessori uguali diritti, in una SPA non può esserci una sola azione, la partecipazione sociale deve essere plurima/multipla, dipende dal capitale sociale e dal valore che viene attribuito alle azioni.

**Caratteristica del tipo azionario:** La presenza di più partecipazioni sociali quindi più azioni.

Il socio esercita i suoi diritti in relazione al numero di azioni che dispone, sempre che siano legati proporzionalmente al numero di azioni che fanno capo ad un socio, diritti di questo tipo sono:

* diritto agli utili
* diritto di voto

Sono legati quindi proporzionalmente al numero delle azioni che il socio ha.

**Ci sono però alcuni diritti che possono essere esercitati SOLO SE si hanno un certo numero di azioni**, sono classicamente i DIRITTI DI MINORANZA cosa producono:

* Diritto di convocare l’assemblea, assicurato ai soci che hanno il 10% del Cap Soc, o il 5% nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio ovvero società aperte
* Diritto di impugnare le delibere assembleari

**Ci sono diritti invece INSENSIBILI al numero di azioni possedute**, sono diritti che si esercitano da parte del socio in quanto tale, ovvero si esercitano da parte del socio in quanto tale es:

* Diritto di intervento in assemblea
* Diritto di visionare il libro dei soci

Ogni azione attribuisce dei diritti minimi affinché il soggetto possa essere qualificato come socio di quella società, quindi i diritti sociali minimi appartengono al socio, questa situazione può essere derogata secondo quanto stabilito dal **2° Comma Art 2348:** *Si possono creare con lo Statuto successive modificazioni di questo, categorie di azioni fornite da diritti diversi, in tal caso la società nei limiti imposti dalla legge, può liberamente determinare il contenuto delle azioni delle varie categorie*.

**CATEGORIA DI AZIONI**

Ha rilevanza normativo poiché se e solo se ho una delle categorie di azioni allora posso ricorrere alla disciplina prevista per la categoria.

* **Cos’è una categoria?**

Il diritto azionario attribuisce ad ogni socio uno status, esso è il minimo che consente di qualificarsi come socio, lo **status di socio** per diversi aspetti è uno **status dispositivo**: ovvero l’autonomia statutaria può modificare la portata dello status così come previsto dal dato normativo, per configurare uno status differente.

**DEF: *La categoria di azioni*** *è rappresentata da quelle azioni che incorporano uno status differente rispetto allo status minimo di socio*, ovvero rappresenta l’alterazione dello status di socio come stabilito dal dato normativo, e questo status modificato viene riferito ad un gruppo di azioni definito, mai una categoria di singola azione, così creo una categoria di azioni.

**Le azioni che appartengono alla stessa categoria conferisconio uguali diritti**

La categoria deve incorporare lo status di socio in maniera differente da come appare dal dato normativo, quindi posso farlo:

1. In sede di costituzione della società prevedendo diversificazioni dello status di socio
2. Posso farlo durante la vita della società modificando lo Statuto e creando con riferimento ad un gruppo di azioni uno status di socio modificato

Quando creo una categoria ne creo sempre 2 in realtà, in via automatica ho creato la categoria delle **azioni ORDINARIE**, **l’ALTRA categoria creata sarà diversa** rispetto alle azioni ordinarie perché incorpora uno status differente rispetto a quello minimo incorporato nelle azioni ordinarie.

* **Azioni ordinarie:**

Categoria di azioni che incorporano lo status di socio come stabilito dal dato normativo, ovvero incorporano lo status di socio minimo.

Questa differenza deve cogliersi sul piano dei diritti sociali, non sul piano dei doveri**, poiché l’unico dovere è quello di conferimento per tutte le categorie di azioni.**

La differenza, quindi, è sul piano dei diritti, ovvero dei poteri, **nelle azioni ordinarie** sono nella portata stabilita dalle norme ovvero lo status minimo di socio, **nell’altra categoria** questi diritti devono avere una portata differente, differenza da cogliersi sui diritti sociali ricordo.

🡪 Si **esclude la creazione di una categoria di azioni** **quando introduco norma per cui alcune azioni circolano secondo modalità diverse dalle altre,**

(ES: azioni che circolano al portatore o altre in via nominativa, NON danno luogo quindi ad una categoria.

ES: circolazione subordinata ad una clausola di circolazione: io non ho creato una categoria di azioni perché non sto differenziando lo status di socio, stabilisco solo che alcune azioni possano circolare secondo regole diverse dalle altre.

ES:le azioni assegnate ad alcuni soggetti **ART2349cc,** azioni date ai lavoratori “stock options”, io non creo in questo modo una categoria, i diritti sociali assegnati al titolare non sono diversi.

**Perché?** La differenza tra i gruppi di azioni non è percepibile sul piano dei diritti sociali, riguarda solo regole di circolazione.

**La creazione delle categorie di azioni è illimitata**, posso differenziare lo status di socio nelle tante varianti che ritengo, nei limiti imposti dalla legge, i limiti di differenziazione.

**CATEGORIE TIPICHE DI AZIONI**

1. **ART 2350**
2. **ART 2351**
3. **ART 2353** Azioni di godimento DA STUDIARE IN MANIERA INDIVIDUALE

(Questo non impedisce allo Statuto di creare ulteriori categorie)

**🡪 ART 2350**

***DIRITTI PATRIMONIALI 🡪 DIRITTO AGLI UTLI***

***Io ho la possibilità di modificare lo status di socio alternando la composizione dei diritti patrimoniali.***

**Diritti patrimoniali:** Diritto agli utili, ovvero di partecipazione agli utili, dall’altro lato invece, abbiamo i doveri patrimoniali, si riferiscono alla partecipazione della copertura perdite nei limiti dell’entità del conferimento per l’emissione dell’azione.

Nelle **azioni ordinarie** il principio sui diritti patrimoniali: ogni azione partecipa agli utili in proporzione alle altre, se non creo una categoria questa è la regola!

Se dovessi creare una categoria avrò, da un lato le azioni ordinarie che rispondono alla logica dello status di socio suppletivo, ovvero quella appena vista, dall’altro avrò una categoria diversa rispetto alle azioni ordinarie che deve differenziare sotto qualche profilo il diritto patrimoniale.

Esempio di azioni che posso creare sono:

1. **Le azioni PRIVILEGIATE NELLA PARTECIPAZIONE AGLI *UTILI ovvero i titolari di queste azioni partecipano prima agli utili rispetto ai titolari di azioni ordinarie, oppure di partecipare agli utili in maniera superiore, es 2% in più rispetto alle azioni ordinarie.***

**Ricorda, se creo una categoria di azioni, derogo al principio di proporzionalità**.

1. Stessa cosa posso fare in senso contrario creando delle **azioni POSTERGATE SUI RISULTATI**

Con la creazione delle postergate e delle privilegiate le azioni sono esposte in maniera diversa all’eventualità che si verifichino delle perdite.

1. Stessa cosa posso fare con riferimento alla **RIPARTIZIONE DEL PATRIMONIO NETTO 🡪** Cioè in sede di liquidazione della società la regola è quella della proporzionalità ma posso derogare a questa regola verso l’alto rendendola più che proporzionale o meno che proporzionale creando delle azioni privilegiate o postergate sulla ripartizione del patrimonio netto della società. Nel primo caso avrò un rimborso prioritario rispetto alle azioni ordinarie mentre nel secondo caso invece saranno rimborsate prima le azioni ordinarie per poi passare alle postergate.

Tuttavia, c’è un limite massimo di surplus rispetto all’azione ordinaria. Il limite imposto dalla legge che deve essere osservato nella creazione di categorie di azioni sul piano patrimoniale è certamente rappresentato dal divieto di patto leonino. Il divieto di patto leonino è contenuto **nell’articolo 2265 c.c.** Si tratta di una norma collocata nella disciplina della società semplice ma è abbastanza accreditata l’idea che sia una norma contenente un principio generale quindi applicabile trasversalmente a tutti i tipi societari. **Il DIVIETO di PATTO LEONINO consiste nella possibilità di prevedere che un socio venga escluso in tutto dagli utili o dalle perdite.** Un patto di questo tipo creerebbe una società leonina la cui configurazione è vietata ai sensi del precedente articolo. La domanda da porci è perché si tratta di un principio di carattere generale?

Con il divieto di patto leonino si vuole tutelare lo scopo della società ex art 2247 c.c. cioè quello di dividere gli utili ma anche coprire le perdite. Se escludo un soggetto dagli utili o dalle perdite sto frustrando lo scopo della società. Di fatto il conferimento del socio sarebbe un conferimento privo di causa e nell’ordinamento italiano non è possibile fare delle attribuzioni patrimoniali prive della causa.

Formalmente un limite massimo non c’è ma c’è il divieto di patto leonino che dovrebbe impedire quindi attribuzioni senza causa.

Capita spesso che attraverso l’uso di clausole parasociali si stabilisce che il socio di minoranza ha la possibilità di uscire dalla società a sua discrezione riacquisendo tutto l’investimento che ha effettuato più un certo rendimento. Una cosa di questo tipo potrebbe configurare il divieto di patto leonino perché se si può uscire in qualunque momento dalla società si ottiene di fatto l’investimento più un rendimento previsto.

1. **L’art 2350 c.c. oltre a prevedere le due categorie di azioni postergate e privilegiate prevede anche un caso particolare di categoria ovvero quella delle AZIONI CORRELATE.**

Le azioni correlate vengo usate tantissimo nel caso di società multi-settore (esempio impresa che produce occhiali da sole e occhiali da vista) ***che emettono azioni che sono correlate ai diversi rami di attività che la società pone in essere.*** Il rischio di queste azioni è che il risultato del ramo occhiali da sole si confonda con il risultato del ramo occhiali da vista**. Il 3 comma dell’art 2350 dispone che NON possono essere pagati dividendi ai possessori delle azioni correlate se non nei limiti degli utili risultanti dal bilancio di esercizio**.

L’emissione di una azione correlata presuppone il dovere tecnico di calcolare i risultati di quello specifico settore. Se creo delle azioni correlate devo prevedere dei sistemi contabili che siano riferiti al settore in cui ho instaurato la correlazione. Il presupposto perché io possa procedere con il pagamento degli utili nei confronti dei soci è che il bilancio di esercizio si chiuda con un saldo positivo a conto economico.

La contabilità separata deve essere un sistema contabile che sia in grado di differenziare i risultati della società rispetto agli utili, mantenendo come presupposto, a livello sociale, la chiusura del bilancio in utile. Solo in questo caso, si può procedere a retribuire i soci che hanno azioni correlate, rintracciando la quota parte di utili di quel determinato settore a cui afferiscono le azioni correlate.

*Esempio: due rami d’azienda: occhiali da sole e da vista. Ho azioni correlate con il ramo “occhiali da sole”. Dalla contabilità di settore risulta un utile (derivante da occhiali da sole) pari a 100. Gli occhiali da vista, invece, hanno prodotto una perdita pari a 300. In questo caso, l’utile d’esercizio a bilancio risulta pari a (200). Ne consegue che NON posso distribuire gli utili relativi a tali azioni correlate.*

Potrebbe capitare che, se un ramo va molto meglio rispetto a un altro, le azioni correlate portino a un maggior dividendo rispetto ai detentori di azioni ordinarie, che scontano invece dei minori risultati.

Occorre comunque considerare che la destinazione degli utili viene discussa nell’ambito dell’assemblea, nella quale si fanno delle proposte di distribuzione che tengano conto della correlazione.

**🡪 Art.2351:**

**DIRITTI AMMINISTRATIVI🡪 DIRITTO DI VOTO**

Di default, ad ogni azione corrisponde UN SOLO voto, corrispondente allo status di socio minimo.

Fino a poco tempo fa, la possibilità di disporre del principio **“un azione, un voto**” era consentita soltanto al ribasso, solo in deduzione. Il diritto di voto è un diritto pienamente disponibile, nel senso che può essere addirittura escluso, creando **azioni senza diritto di voto.** Queste ultime, inizialmente, erano destinate alle sole società quotate, attraverso la creazione della categoria di

1. **azioni c.d. di RISPARMIO**

**Le azioni di risparmio sono previste nel TUF all’art.145.**

La riforma societaria del 2003 ha generalizzato la possibilità di emettere azioni senza voto alle società non quotate. La categoria delle azioni di risparmio mantiene ancora una loro specificità, nel senso che può essere diversa dalla categoria delle azioni senza voto non altrimenti qualificata.

**Le azioni di risparmio**, ex art.145 TUF**, devono essere sempre accompagnate da un PRIVILEGIO**: il contenuto delle azioni di risparmio deve essere tale:

* Da un lato, di escludere il diritto di voto;
* Dall’altro lato, di attribuire una forma di privilegio al suo titolare, bilanciando l’esclusione del diritto di voto. Tale privilegio è solitamente di carattere patrimoniale.

Le azioni senza voto, invece, non devono avere necessariamente tale privilegio. Una società quotata, oggi, potrebbe scegliere di emettere indifferentemente l’una o l’altra categoria.

1. Si possono creare una categoria di azioni che attribuiscano al titolare un **VOTO LIMITATO**

Alcuni esempi sono:

* Voto limitato **alle sole delibere di competenza dell’assemblea ordinaria/straordinaria**
* Voto limitato **al verificarsi di determinate condizioni non meramente potestative**.
  + Es.: azioni c.d. *di sviluppo*: non danno voto, ma fanno votare i titolari quando si verifica un andamento non particolarmente positivo della società. Se la società dovesse incorrere in uno stato di crisi, se dovesse decidere sulla proposta di concordato preventivo, i titolari delle azioni di sviluppo partecipano alla votazione.
* **Voto limitato verso l’alto**: attribuiscono il voto fino al raggiungimento di una certa aliquota del capitale sociale (azioni che danno voto soltanto entro il 10% del capitale sociale: le azioni eccedenti il 10% che dovessero essere acquisite non danno voto)
* **A voto scaglionato:** azioni che fanno crescere il diritto di voto man mano che si incrementano gli scaglioni di azioni.
* Es.: Ho il voto pieno fino all’1%. Tra l’1% e il 2% aggiungo un ulteriore voto. Se passo al 5% aggiungo altri 3 voti, e così via. Vi è una progressione non lineare del diritto di voto, collegata al numero di scaglioni di azioni a cui i voti aggiuntivi sono associati. I voti aggiuntivi sono assegnati sulla base di scaglioni di azioni. Nell’esempio, se si ha l’1,5% del capitale sociale, si possiede comunque un voto, perché il secondo voto lo si raggiungerebbe con il 2%. Se ho il 4%, possiedo solo due voti. Se raggiungo il 5%, posso aggiungere gli altri 3 voti a quelli originari, perché raggiungo l’aliquota di

scaglione rilevante per l’assegnazione del voto.

Le azioni a voto limitato verso l’alto e le azioni a voto scaglionato, dal punto di vista pratico, si ritrovano in quei contesti nei quali vi è un’esigenza di affrancare il diritto di voto dal principio plutocratico. Di norma, il diritto di voto è retto dal principio plutocratico, in quanto un’azione (pagata) corrisponde a un voto. Si può avvertire questa esigenza di affrancamento del diritto di voto rispetto al principio plutocratico nei contesti non lucrativi. È l’esempio delle S.p.A. c.d. *consortili*, il cui scopo è il perseguimento di una mutualità industriale. Si potrebbe decidere di derogare, attraverso l’emissione di queste categorie azioni, dal principio “un azione, un voto”.

**La possibilità nel creare queste categorie da parte dell’autonomia statutaria, nelle società lucrative, è contenuta entro il 50% del capitale sociale**.

Il 50%+1 del capitale sociale deve essere rappresentato da azioni ordinarie.

*Ratio*: limitare possibilità di alterare il rapporto potere/rischio oltre una certa misura. Quando si utilizzano le azioni senza voto o a voto limitato, il controllo della società si acquisisce con **il 25%+1** sfruttando al massimo la possibilità di emettere azioni senza voto o a voto limitato. Il rischio di chi investe per ottenere il controllo della società si riduce, in quanto serve ottenere il 25%+1 delle azioni rispetto al 50%+1 nel caso in cui vi fossero solamente azioni ordinarie. Si vuole mettere un argine allo sconto che posso beneficiare per acquisire il controllo della società: un minimo rapporto rischio/potere viene richiesto dalla normativa.

Il costo del controllo si è ulteriormente abbassato con l’introduzione di un’altra categoria di azioni, sempre prevista dall’art.2351:

1. l**e azioni A VOTO PLURIMO**

Fino al 2014, esse non erano ritenute ammissibili.

🡪 Possono essere **emesse dalle sole società non quotate,** anche se risultano aperte al mercato. La regola, invece**, NON trova applicazione per le società quotate.**

Il principio “un azione, un voto” viene derogato al rialzo, rendendolo più che proporzionale.

🡪 Questa possibilità è “limitata” verso l’alto: la possibilità di creare azioni a voto plurimo **non è infinita, ma è consentita fino al MAX dell’attribuzione di 3 voti per azione.**

Questo limite risponde alla stessa logica del limite della metà del capitale sociale (50%) per le azioni a voto limitato o senza voto: la ragione è di limitare il rapporto rischio-potere, in quanto se possiedo il 16,7% delle azioni a voto plurimo di fatto controllo la società, avendo la maggioranza assoluta. Questa possibilità della creazione di azioni a voto plurimo rappresenta l’investimento minimo per controllare la società: basta possedere il 16,7% delle azioni che valgono 3 voti.

**🡪 NON è possibile** avere all’interno della società **contemporaneamente azioni a voto limitato ed azioni a voto plurimo,** in quanto altrimenti per il controllo della società basterebbe una quantità minore del 16,7% del capitale sociale.

**🡪 DISCIPLINA CHE SI APPLICA ALLE CATEGORIE DI AZIONI (AMMINISTRATIVO)**

* **PER LE SOC NON QUOTATE**: **Contenuta nell’art. 2376 c.c.**, che introduce la figura delle **assemblee speciali**:
* **Comma 1**: *Se esistono diverse categorie di azioni o strumenti finanziari che conferiscono diritti amministrativi, le deliberazioni dell'assemblea, che pregiudicano i diritti di una di esse, devono essere approvate anche dall'assemblea speciale degli appartenenti alla categoria interessata*.

**🡪Ogni categoria di azione deve avere una sua ASSEMBLEA SPECIALE di categoria**, che ha una competenza limitata e deve deliberare nel caso in cui la società voglia assumere una decisione che pregiudica la categoria, cioè la **decisione che RIDUCE (se aumenta non c’è bisogno dell’assemblea speciale) la differenza tra la categoria e le azioni ordinarie**.

-L’assemblea speciale è composta dai **soli soci titolari** della categoria di azioni

Es. se la società vuole ridurre la differenza tra le azioni privilegiate e le azioni ordinarie, deve prima avere l’approvazione da parte dell’assemblea speciale della categoria interessata.

Nel caso invece vi sia una decisione che incrementi la differenza (es. passaggio da 3% a 4%), la società è libera di prendere la decisione;

l’assemblea va consultata solo se vi sia un pregiudizio della categoria di azioni interessata. Un pregiudizio potrebbe essere la conversione delle azioni di una categoria. La ragione dell’assemblea speciale è di riportare all’interno dell’organizzazione una questione che spetterebbe al singolo azionista: se es. ho comprato azioni al 3% e poi questo privilegio viene ridotto (es. 2%) subisco un danno; si sostituisce un consenso individuale del socio con un consenso organizzativo dell’assemblea.

(In teoria dovrebbero esserci due assemblee speciali: una delle azioni ordinarie e una delle azioni di altra categoria; nella pratica le decisioni pregiudizievoli non riguardano quasi mai le azioni ordinarie.)

**Nel caso la società deliberi SENZA l’approvazione dell’assemblea** speciale oppure l’assemblea speciale non venga convocata ex-post per ratificare la decisone presa dalla società, non si ha la possibilità di recesso del socio, **ma si ha una violazione di legge sulla formazione della delibera assembleare: la conseguenza è che è una delibera invalida e può essere annullata con il procedimento dell’annullamento della delibera assembleare ai sensi dell’art. 2377 c.c..**

* Comma 2: *Alle assemblee speciali si applicano le disposizioni relative alle assemblee straordinarie*. Quorum deliberativo: decisione a maggioranza, ma può essere fissato il quorum in autonomia da parte dello statuto.
* Comma 3: *Quando le azioni o gli strumenti finanziari sono ammessi al sistema di gestione accentrata la legittimazione all'intervento e al voto nella relativa assemblea è disciplinata dalle leggi speciali*.
* **PER LE SOC QUOTATE:** **art. 146 TUF** disciplina l’assemblea speciale per la categoria delle azioni di risparmio, che sono definite nell’art. 155 TUF.

**In questo caso l’intervento dell’assemblea speciale è più generale rispetto all’art. 2376 c.c., poiché è prevista la nomina di un rappresentante della categoria, la possibilità di decidere delle transazioni che possono riguardare la categoria, la costituzione di un fondo per le esigenze della categoria.**

**DOMANDA: La questione è se un azionista possa avere DIRITTI DIVERSI rispetto agli altri a prescindere dalla creazione delle categorie di azioni.??**

**RISPOSTA: Nel nostro ordinamento ci sono delle norme che prevedono questo tipo di possibilità:**

Una questione che si sta ponendo dal punto di vista pratico è se questo sia l’unico modo per differenziare i soci all’interno di una società azionaria o se in alternativa alle categorie di azioni la differenziazione dei soci possa essere effettuata anche in modo diverso (a prescindere dalla sua creazione).

In particolare, è molto discussa in questo momento storico, non solo in Italia ma in tutta l’Unione Europea, la questione riguardo l’ammissibilità di un **DIRITTO PARTICOLARE:**

**DEF🡪Con diritto particolare si intende un diritto specificato nell’atto costitutivo, che viene attribuito a quella** **specifica persona del socio**, senza che sia mediato dallo strumento azionario che il socio *stesso possiede.*

1. **Quando il socio è ENTE PUBBLICO** (es. stato, comune...) di una società per azioni **PUO essere beneficiario di un diritto particolare ai sensi dell’articolo 2449 del codice civile.** In questo articolo è prevista la possibilità attribuire tramite lo statuto della società partecipata il potere di nominare uno o alcuni amministratori, uno o alcuni sindaci.
2. Nel caso delle **SOCIETA QUOTATE**, al ricorrere di certe condizioni, lo statuto può attribuire dei diritti particolari: **le norme di riferimento sono 127 quater e 127 quinquies del T.U.F.**

Queste norme permettono di attribuire ad alcuni soci di società quotate diritti particolari come quello alla:

* **maggiorazione del dividendo** (127 quater)🡪 *che può essere garantito dallo statuto a soci che possiedono le azioni della società da un certo periodo di temp*o (soci stabili e non speculativi) e come quello riguardo alla
* **maggiorazione del diritto di voto** (127 quinquies)🡪 *con ancora il presupposto di essere azionista stabile, che può portare fino a raddoppiare il voto*.

DIFFERENZA tra le azioni a voto plurimo e questo diritto particolare sono che:

* Azioni a voto plurimo🡪 NON si mantiene con il passaggio dell’azione.
* Il diritto particolare🡪 invece non è connesso al medium ma alla persona, quindi se l’azionista dovesse vendere, nei limiti consentiti, alcune azioni, pur mantenendo il quantum necessario affinché lo statuto riconosca tale diritto, avrà la possibilità di mantenere il suo diritto di voto maggiorato.Il diritto particolare spetta al socio indipendentemente dalla partecipazione sociale ed è a questa insensibile, a differenza delle categorie che risentono delle azioni.

La questione che viene posta in essere è se è possibile la costituzione di diritti particolari, al di là dai casi normativi precedenti.

Secondo il professor Cetra,NO🡪 queste norme del diritto azionario sono eccezionali e non passibili di enucleare un principio generale che permetta di generalizzare l’utilizzabilità del diritto particolare e quindi che il diritto particolare dell’azionista debba essere consentito soltanto nei casi espressamente previsti dalle norme.

**🡪 ART 2353**

**AZIONI DI GODIMENTO**

*Salvo diversa disposizione dello statuto, le azioni di godimento attribuite ai possessori delle azioni rimborsate non danno diritto di voto nell'assemblea [*[*2351*](https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quinto/titolo-v/capo-v/sezione-v/art2351.html)*,*[*2441*](https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quinto/titolo-v/capo-v/sezione-x/art2441.html)*]. Esse concorrono nella ripartizione degli utili che residuano dopo il pagamento delle azioni non rimborsate di un dividendo pari all'interesse legale [*[*1284*](https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quarto/titolo-i/capo-vii/sezione-i/art1284.html)*] e, nel caso di liquidazione, nella ripartizione del patrimonio sociale residuo dopo il rimborso delle altre azioni al loro valore nominale.*

LEZIONE 9 (23/03/2021)

**LA PARTECIPAZIONE SOCIALE NELLA SRL.**

Per quanto riguarda la partecipazione sociale nelle **S.r.l. Il discorso è in parte diverso e in parte analogo a quello effettuato per la S.p.A.** a causa di una complicazione normativa che interessa gran parte delle S.r.l.

La norma di riferimento è l’art. **2468.** 🡪In particolare, il **secondo comma** afferma che ***“le partecipazioni sociali sono determinate in misura proporzionale al conferimento****, (1 DEROGA)🡪* ***salvo che lo statuto non stabilisca diversamente, (****2 DEROGA)🡪****i diritti sociali spettano ai soci in misura proporzionale alla partecipazione* *da ciascuno posseduta”.***

Questa norma di fatto fa capire che nella S.r.l., esattamente come accade in tutte le società che non sono azionarie, la partecipazione sociale è tagliata sulla persona del socio, quindi c’è una partecipazione potenzialmente diversa per ogni socio.

Questa partecipazione deriva dal contributo che il socio ha dato alla formazione del capitale e attribuisce diritti ed obblighi sociali proporzionalmente all’entità della stessa.

Si ha quindi una doppia proporzione: da un verso si ha una partecipazione che rappresenta il corrispettivo proporzionale rispetto all’apporto di capitale, per altro verso si ha uno status di socio proporzionale all’entità della partecipazione. Il numero di partecipazioni è quindi proporzionale al numero di soci che sono presenti all’interno della società. Ci sarà ad esempio un’unica partecipazione nella società unipersonale.

**🡪 PRIMA DEROGA🡪** già precedentemente discussa “salvo che lo statuto non stabilisca diversamente”, **questa ipotesi può ricorrere nel caso di apporti a titolo di conferimento fuori dal capitale.**

🡪**SECONDA DEROGA** al principio di proporzionalità, ovvero quella che attiene allo status di socio (diritti ed obblighi). 🡪Solitamente lo status di socio è proporzionale alla partecipazione, (ad esempio diritto di partecipazione agli utili al 30% qualora la mia partecipazione fosse del 30%), tuttavia questa proporzionalità subisce un’eccezione.

Il terzo comma dell’art. 2468 consente all’atto costitutivo la possibilità di prevedere l’attribuzione ai singoli soci di diritti particolari riguardanti l’amministrazione o la distribuzione degli utili. Si ha quindi una deroga dello statuto rispetto all’entità della partecipazione, **poiché si ottengono dei diritti sociali assegnati al socio in quanto tale (alla persona del socio) senza essere mediati dalla partecipazione sociale. (in analogia con il discorso fatto per le S.p.A.).**

Il problema è ora comprendere **QUALI SONO i DIRITTI PARTICOLARI di cui un socio può beneficiare**. Questi sono diritti che rientrano nella logica del contratto. Se ad esempio si deve modificare il diritto particolare, non si potrà fare attraverso regole organizzative, ovvero di maggioranza, ma sarà necessario utilizzare le regole dei contratti, ovvero il consenso unanime delle parti e quindi dei soci.

Un primo esempio è il diritto particolare sulla distribuzione degli utili (generalmente diritti che pongono

in posizioni migliori i beneficiari)

**Diritti sull’amministrazione 🡪 DIRITTO DI VETO**

Il diritto amministrativo del socio è rappresentato comunemente dal diritto di voto.

**Un diritto particolare può quindi intendersi come un DIRITTO DI VETO** su alcune decisioni oppure un diritto a poter decidere in via esclusiva.

In questo senso si ritiene che il diritto particolare possa assumere anche la configurazione di attribuire al beneficiario il potere di nomina di uno, di alcuni o addirittura di tutto l’organo amministrativo di una S.r.l.

Questa conclusione viene avallata dalla prassi notarile ed è quindi una lettura della norma acquisita dal punto di vista interpretativo. In quest’ottica si potrebbero configurare dei problemi. Usufruendo di questi diritti particolari si potrebbe gestire una S.r.l. avendone tuttavia una partecipazione minoritaria. Il socio può anche nominare sé stesso amministratore della società, e anche nominarmi come unico amministratore.

Ci potrebbe essere qualche problema, come abbiamo osservato nella scorsa settimana con le azioni a voto limitato e a voto plurimo. Con riferimento alle quali il limite del 50% e il limite dei 3 voti ad azioni si giustificano nella prospettiva di non dilatare aldilà di una certa soglia il rapporto tra potere e rischio.

La conclusione avallata da una certa prassi alla possibilità di consentire al socio, per diritto particolare, di nominare tutto l’organo amministrativo, **rischia in qualche modo di dilatare a piacimento il rapporto potere-rischio. Perché io con un investimento minimo, partecipazione minima, se ho un diritto particolare di questo tipo mi consente l’esercizio del potere di controllo.**

Si può infatti gestire la società, con una partecipazione minima, nominando tutti gli amministratori, arrivando ad una situazione abbastanza vicina a quella di controllo. 🡪 Il rapporto rischio-potere, sfruttando il diritto particolare, nella S.r.l. può essere dilatato a piacimento.

In una situazione di questo tipo sorge qualche dubbio, ma può andar bene all’interno di una S.r.l. in ragione delle caratteristiche tipologiche che quella società ha.

La S.r.l. nasce per avere pochi soci, una società chiusa, con soci legati da forti rapporti fiduciari e che vanno qualificati come soci imprenditori. Società tipologicamente diversa dalla S.p.A. e quindi forse questa dilatazione oltre misura del rapporto rischio-potere è una dilatazione (forse) giustificabile.

**START UP**

**Cosa succede nel caso in cui la S.r.l. assuma la configurazione di una start up?**

La figura delle start up **entra nel nostro ordinamento con il decreto-legge 179/2012** che è stato convertito, con delle modifiche, **nella legge 221 del 2012.** È una legge un po' omnibus.

Agli articoli 25 fino al 32 di questo provvedimento sono introdotte, e per certi versi disciplinate definendone uno statuto, le imprese start up innovative.

Cosa sono le imprese start up?

**DEF🡪 Art.25 del decreto-legge** permette di individuare sul piano della **fattispecie una start up innovativa*.*** *Essa ha un oggetto sociale innovativo, ha una certa idea promettente che ci si impegna a sviluppare utilizzando della determinata mano d’opera* (soggetti con dottorati di ricerca ecc.). La startup si prefigge di crescere e svilupparsi per poi diventare impresa non più start up.

Per questa impresa start up è stata prevista una disciplina statutaria del tutto particolare. La start up innovativa poteva accedere ad un certo statuto, il cui contenuto principale si trova agli articoli 26 e seguenti del decreto-legge di riferimento.

**L’Art.26 prevede delle deroghe al diritto societario**:

1) c’è una prima deroga sulla disciplina del mantenimento del capitale sociale e

2) poi un’altra serie di deroghe che riguardano il caso di start up che assume la forma di S.r.l.

Questa deroga è discutibile per come è stata introdotta nell’ordinamento perché muove dal presupposto che modifiche dal punto di vista della forma possono aiutare l’impresa, ma in realtà non è così poiché l’impresa si aiuta se si aiuta la produzione e non se si interviene sulla forma (in maniera caotica).

Lo statuto della start up innovativa, tra cui anche l’art26, è ideato per essere utilizzato, ed opera, fin tanto che una realtà produttiva può essere qualificata come start up.

**La start up è tale per legge soltanto per 5 ANNI**  (inizialmente un quadriennio, poi si è aggiunto un ulteriore anno) e posso accedere alla disciplina per startup solo per i primi 5 anni di vita. Dopo questi 5 anni o l’impresa è cresciuta oppure l’idea che si pensava di sviluppare non è stata realizzata.

Questa deroga al diritto societario a cui si fa riferimento nell’art.26 era una deroga pensata per trovare applicazione solo in una fase limitata (5 anni) della vita delle imprese societarie qualificabili come start up.

**PMI**

**Nel 2017,** in particolare con la legge di correzione sulla legge di bilancio dello Stato con il **decreto-legge 50 del 2017**, si è **modificato l’articolo 26 estendendo, non tutto, ma gran parte dello statuto della startup ad ogni PMI.**

**lo statuto della startup innovativa può essere tenuto in via PERMANENTE e non solo per 5 anni.**

La modifica avvenuta con l’articolo 57 sostituisce l’espressione “start up innovativa” con l’espressione “PMI”, rendendo applicabile in maniera stabile alcune norme contenute nell’articolo 26 del dl.179 ad ogni PMI. (questo soprattutto nell’ipotesi in cui la PMI sia una S.r.l.).

La PMI (Piccola Media Impresa) è un **concetto** importato dal legislatore europeo. È una nozione che trova origine nella legislazione europea, inizialmente nell’ambito di una raccomandazione **n.361 del 2003,** adesso questa nozione è stata ripresa e aggiustata da un regolamento di più recente emanazione (regolamento del 2017 n°1129 art.2 paragrafo 1 lettera F) che contiene la nuova nozione di PMI.

**Per individuare la PMI si fa riferimento:**

* **Al numero dei dipendenti**, fino ad un max di 250 per le medie imprese, fino a un max 50 per le piccole imprese, fino a un max di 10 per le microimprese.
* In aggiunta **un dato patrimoniale/reddituale** che può essere alternativo. Le medie imprese non più di 50milioni di fatturato o non più 43milioni di attivo patrimoniale. La piccola impresa non più di 10milioni di fatturato o, in alternativa, 10 milioni di attivo patrimoniale.

Tutte le realtà produttive che rispettano questi parametri sono qualificate come PMI, ai sensi dell’art.26 del decreto-legge 179 del 2012.

Va sicuramente rispettato il limite dei dipendenti e devo accertare il secondo parametro che può essere o il fatturato o l’attivo patrimoniale.

La qualifica come PMI mi consente di accedere alle norme ad alcune norme contenute nell**’art.26 DL179** norme stabilizzate con impresa che soddisfa i parametri quantitativi.

**Le norme sulle PMI dell’art.26 comma 2-3-5-6 consentono ad una PMI (comma 2-3) ANCHE in forma di SRL** (perché riferimento concreto di queste norme si ha quando la PMI assume la forma giuridica della SRL), **di creare le CATEGORIE di quote, fornite di diritti diversi ma nei limiti imposti dalla legge (non chiari).**

Queste categorie di quote possono essere prive di diritto di voto oppure attribuire un voto non proporzionale oppure un voto limitato a particolari argomenti o subordinato al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative.

* Il comma 2-3 consente alla PMI di poter **realizzare offerte al pubblico delle sue quote, anche tramite portali per la raccolta di capita**li (art. 30 DL179), quindi rendendo le quote come oggetto di offerta al pubblico per sollecitare la raccolta di capitali.
* Il Comma 6 in ultimo luogo consente sempre alle PMI in forma di SRL (in deroga ad un divieto contenuto nell’art.2474 **ma Cetra non ne ha mai capito la Ratio :)**  **che impedisce alla SRL di effettuare operazioni sulle proprie quote ovvero non può ne acquistare ne sottoscrivere proprie quote** (a differenza del diritto azionario dove è possibile) NE di acquistare le proprie quote quando questo acquisto è strumentale a realizzare dei piani stock option, quindi a realizzare l’offerta delle quote acquistate a favore dei dipendenti (acquisto quote che poi verranno cedute e di conseguenza RI attribuite nei confronti dei dipendenti) per realizzare delle forme di remunerazione ai dipendenti stessi.

**A noi interessano le prime 3 NORME CHE DEROGANO all’art.2468 (deroga molto importante). *(art*** *2468: le partecipazioni dei soci NON possono essere rappresentate da azioni, NON possono essere oggetto di offerta al pubblico e salvo quanto disposto dal terzo comma, i diritti sociali sono proporzionali alle partecipazioni).*

**Questo perché considerati i parametri quantitativi che consentono di riempire la categoria delle PMI,** da uno studio statistico fatto dalla Union Camere emerge che di fatto le PMI, secondo l’accezione europea che è stata acquisita anche dall’ordinamento italiano, **rappresentano quasi il 99% delle attuali SRL e quindi possono** (senza che sia chiaro con quale criterio) **liberamente scegliere SE SOTTOSTARE all’art.2468 del codice civile (ovvero art. 26 del DL179 comma 2-3-5-6).**

**In che modo l’art.26 DL179 ha derogato l’art. 2468?**

1. In primo luogo, la deroga riguarda la **possibilità di creare delle categorie di quote dopo che questo concetto è stato inventato nella SRL**. Nella SRL Io posso creare delle categorie di quote (quindi categorizzare la quota) stabilendo il contenuto di queste quote entro i limiti imposti dalla legge. In particolare, posso creare delle categorie di quote diverse dal punto di vista del voto, cioè derogando il principio di voto proporzionale all’entità della partecipazione.
2. Sempre in deroga posso emettere o **utilizzare le categorie di quote per effettuare delle sollecitazioni all’investimento delle offerte pubbliche** di vendita anche per il tramite di portali dedicati alla raccolta dei capitali.

**4 DOMANDE che si pongono i professionisti**

1. **Che significa però categorizzare la quota di una SRL?**
2. **Come possiamo sfruttare noi professionisti quanto consentito dall’art.26 DL179?**
3. **Come è possibile creare una categoria di quota nella SRL?**
4. **Qual’è il passaggio che permette di pervenire alla creazione di categorie di quote?**

**Per rispondere**, il primo riferimento dal punto di vista operativo da vedere, **sono le massime del consiglio notarile di Milano,** tra le quali ne sono state dedicate molte riguardo a questo fenomeno,

in particolare, **dalla massima 171 alla 177** (su BB per fini di lettura).

1. Ma cosa serve per creare la quota o una categoria di quote nella SRL?

È come se nella SRL e nella SPA si standardizzasse la partecipazione sociale. Il passaggio logico necessario per poter arrivare alla categoria di quote è quello di standardizzare il rapporto sociale, ovvero **il rapporto sociale deve essere astratto dalla figura del socio,** rappresentato dalla figura di socio minimo e quindi frazionato per un numero di volte in base al valore che si vuole attribuire alle quote.

Devo rendere minimo lo status di socio moltiplicato per un numero di volte in base al valore che assegno alla singola partecipazione, fermo restando che poi rimane il dubbio se questa standardizzazione debba riguardare l’intero rapporto sociale o solo una parte. Devo standardizzare il rapporto perché devo isolare lo status di socio minimo (status di socio stabilito in via suppletiva di default dal dato normativo) e poi da questo passare ad uno status diverso, con diritti diversi, seppur nei limiti imposti dalla legge (diritti patrimoniali/amministrativi)🡪 creazione della categoria di quote

Rimane comunque un dubbio, nella misura in cui io decido di utilizzare delle categorie di quote, a quel punto**, può esistere una quota diversa, magari personale del singolo socio?** (guardare la massima 171).

**→ Queste norme in deroga all’Art. 2468 CC**. attenuano i tratti distintivi, tuttavia la SRL può prevedere accorgimenti che si avvicinano all’SPA, ma tali accorgimenti sono essenziali per il tipo societario SPA. Dunque,da un lato abbiamo un’eventualità che può essere percorsa nel caso dell’SRL e dall’altro abbiamo elementi essenziali del tipo nel caso della SPA.

**→ *Qual è l’OBIETTIVO perseguito dalla norma rendendo possibile la creazione di categorie di quote nella SRL PMI? È dunque avvicinarla alla SPA?***

1. Sicuramente quella di **favorire iniziative economiche senza ricorrere ad una SPA e consentire in una SRL di ampliare il numero di soci,** cosa che attraverso la categoria riesco a intercettare più facilmente l’interesse di un determinato soggetto a entrare in società, confezionando categorie create ad hoc sulla base della preferenze/interessi del determinato soggetto.
2. La possibilità di diversificare le partecipazioni sociali risponde ad **un’esigenza di ampliare la compagine sociale permettendo a soggetti anche non direttamente interessati alla gestione ad entrare a far parte della società**. Si introduce così la categoria di **SOCI FINANZIATORI** nella SRL. Tutto questo implica il fatto che **la società da chiusa diventi potenzialmente aperta al mercato dei capitali** sfruttando la deroga all’Art. 2468 CC. comma I, contenuta al V comma dell’Art. 26 che stabilisce che le categorie di quote possono costituire oggetto di offerta al pubblico di strumenti finanziari anche attraverso portali di raccolta di capitali (Crowdfunding). → In questo modo la SRL si è assimilata alla SPA, poiché se la SPA è pensata per essere aperta, la SRL è pensata per essere chiusa ma può per mezzo dell’Art. 26 aprirsi al mercato dei capitali. Il problema che impedisce di far decollare tale fenomeno è che la disciplina della SRL è pensata per una società chiusa, la quale può essere per certi versi incompatibile per una società con tanti soci. Nella SRL PMI che può arrivare ad essere simile alla SPA sul piano tipologico mantiene però una disciplina applicabile che è stata pensata per una società chiusa, la SRL, disciplina che potrebbe essere incompatibile con una società che ha tanti soci, con interessi eterogenei.

**CIRCOLAZIONE DELLE AZIONI**

**(SPA)**

* È logico che la circolazione delle azioni implica la loro precedente emissione, la quale può anche non sussistere🡪 nel caso di ASSENZA DI AZIONE🡪 si tratta di un trasferimento della “parte di contratto” che fa capo al socio che trasferisce alcune o tutte le sue partecipazioni realizzando di fatto una vera e propria operazione di cessione del contratto corrispondente; quindi c’è un accordo tra il socio che vende e l’acquirente ed è come se fosse una vicenda di trasferimento del contratto.
* L’acquirente, una volta che ha concluso un’operazione di acquisto di una o più partecipazioni sociali del socio che vende, deve legittimarsi nella posizione di socio all’interno della società.
* La legittimazione del terzo acquirente come socio avviene con l’iscrizione nel libro dei soci del proprio nome. Idealmente un socio trasferisce la sua posizione con la medesima logica del trasferimento di un contratto. Con la sostituzione del nome del venditore col nome del compratore nel libro dei soci il trasferimento della quota ha rilevanza nella società.
* **Nel caso invece in cui le partecipazioni sociali siano incorporate nelle azioni** il discorso cambia, poiché la disciplina della circolazione dell’azione viene assimilata nella disciplina del titolo di credito. Tuttavia **mancando il PRINCIPIO DI AUTONOMIA in sede di esercizio del diritto** (*potere di esercitare il diritto incorporato nel titolo indipendentemente dalle condizioni da cui tale titolo trae origine: il titolo di credito conferisce la possibilità di esercitare il diritto in esso incorporato senza risentire delle vicende che sono alla base del rapporto fondamentale che ha originato l’emissione di tale titolo, e tutto questo nei limiti della letteralità del titolo, cioè nei limiti di come è effettivamente letteralmente scritto tale diritto nell’ambito del titolo di credito → es. se il contratto sottostante è nullo io debitore non posso far valere l’eccezione di nullità per l’esercizio del diritto incorporato nel titolo di credito)* **le azioni non sono qualificabili come titoli di credito.**

🡪**Le regole sul capitale sociale e dunque le regole di mantenimento del capitale sociale prevalgono su quelle che regolano l’esercizio del diritto sotteso all’azione.** Dunque in caso di azioni possono essere fatte valere nei confronti di chiunque eventuali eccezioni come ad esempio nullità o invalidità di una delibera di aumento del capitale sociale.

* **Un altro caso è quello di azioni non integralmente liberate**: nel caso in cui non vi sia l’indicazione sull’azione che la stessa non è stata integralmente liberata e l’azione viene trasferita ad un terzo, **tale eccezione può comunque essere fatta valere dalla società nei confronti di chiunque**.

A questo proposito la norma art **2356 c.c**. fa sorgere **nei confronti del venditore una responsabilità solidale con il compratore per 3 anni dal momento in cui l’azione è stata venduta per i conferimenti ancora dovuti.** Significa che se vendo un’azione non integralmente liberata, la società può non solo far valere il difetto di integrale liberazione nei confronti di tutti, ma ai sensi dell’art 2356 c.c. il venditore rimane obbligato in solido con il compratore per il pagamento dell’azione (per l’integrale liberazione dell’azione). La società può rivolgersi nei confronti del venditore nei casi in cui non riesca a rientrare nel conferimento perchè il compratore non paga il conferimento dovuto diventando socio moroso.

* Queste regole valgono anche nel caso in cui l’azione non sia un documento cartaceo **e sia dematerializzata,** il principio secondo cui non vale l’autonomia in sede di esercizio del diritto, è una norma di carattere generale.

*Domanda: Quindi l'azione venduta non è valida e ritorna al proprietario originario?*

Risposta: L’azione venduta o è stata creata correttamente o non lo è stata. Se non è stata creata correttamente il difetto di corretta creazione dell’azione può essere fatto valere nei confronti di chiunque.  
La non integrale liberazione dell’azione dovrebbe risultare dal titolo azionario ma laddove non risulti dal titolo azionario la non integrale liberazione e può essere fatta valere verso chiunque. Fermo restando ai sensi dell’art 2356 cc il venditore risponde in solido con il compratore nei confronti della società per l’integrale adempimento dei conferimenti per 3 anni dal momento in cui l’azione è stata ceduta. È una responsabilità solidale, garanzia ex lege perchè è posta a tutela della corretta formazione del cs.

*Domanda: Tale difetto può̀ essere opposto solo dai soci o anche dagli amministratori della società?*

Risposta: questo difetto può essere opposto dagli amministratori, potere/dovere di eccezione, deve essere sollevato della società e quindi amministratori verso colui che compra un titolo azionario. Anche nei casi in cui il titolo sia dematerializzato, il principio secondo cui l’art. 1993 c.c. (autonomia in sede di esercizio) non trova applicazione con riferimento all’azione è principio di carattere generale. In quest’ottica si dubita la possibilità di ricondurre l’azione nell’ambito della categoria dei titoli di credito.

Se guardo l’azione in sede di circolazione, trovano applicazione le due norme che nella disciplina del titolo di credito racchiudono **il PRINCIPIO DI AUTONOMIA IN SEDE DI CORCOLAZIONE** 🡪 (1993 cc) “*se il possessore del TITOLO DI CREDITO è in buona fede e lo ha ricevuto in base alla relativa disciplina, il suo acquisto è fatto salvo anche di fronte alle pretese, di per sé legittime, dei terzi (ad esempio coloro cui sia stato in precedenza rubato), in quanto ogni acquisto rispondente alla regola sana il vizio precedente.”*

🡪 Art. 1994 CC.: **Chi ha acquistato in buona fede il possesso di un titolo in conformità delle norme che ne disciplinano la circolazione di credito NON è soggetto a rivendicazione** (azione petitoria in difesa del proprio diritto di proprietà).

🡪Art. 1992 CC.: **Il possessore di un titolo di credito ha diritto alla prestazione indicata nel titolo di credito purché sia legittimato dalle norme di legge,** e dunque un soggetto sarà legittimato se è un possessore qualificato ai sensi dell’Art. 1994 e dunque nel caso abbia acquistato il titolo in buona fede e in conformità delle norme di legge.

**→ Queste norme mi dicono** da un lato che il possessore *qualificato* ha diritto ad ottenere la prestazione indicato del titolo e se il debitore (in caso di azioni è la società) adempie senza dolo o colpa grave è liberato dalla prestazione e dall’altro che se il possessore è *qualificato* è impedita un’azione di rivendica nei suoi confronti.

**Tali norme trovano applicazione anche con riferimento alle azioni.**

Quando la partecipazione sociale è incorporata ad una azione essa circola in maniera più sicura e veloce proprio grazie a tali norme.--> anche se le azioni non sono titoli di credito, si utilizza questa norma per accelerare la baracca

***Cosa implica se il detentore dell’azione è POSSESSORE QUALIFICATO****?* A questo riguardo occorre distinguere, in termini di circolazione, tra:

* **Azioni al portatore;**
* **Azioni nominative.**

**AZIONI AL PORTATORE**

Le azioni al portatore circolano **ai sensi degli Artt. 2 e 3 CC**. e dunque in base alla disciplina dei titoli di credito al portatore. Il possessore qualificato di azioni al portatore ***si qualifica come possessore materiale del titolo e con un certificato sostitutivo del possesso in caso di titolo******smaterializzato****.* Dunque in tal caso il mero possesso mi qualifica come possessore qualificato.

**AZIONI NOMINATIVE 🡪 2 METODI DI TRASFERIMENTO DELLE AZIONI:**

In questo caso le norme di riferimento sono quelle dei titoli di credito nominativi**, Art. 2222 CC**, il possesso qualificato in questo caso *si ha*

1. *non solo quando un soggetto ha materialmente il titolo o eventualmente la certificazione sostitutiva del possesso materiale,* ***ma tale soggetto deve anche risultare dal registro dell’emittente****. (al fine di essere tutelato anche in un secondo momento da un eventuale rivendica)* → il nome del venditore deve essere sostituito col nome del compratore (nella girata questa regola non vale nel senso che non è obbligatorio che avvenga)

Il possesso qualificato con l’associazione, da un lato del possesso materiale, e dall’altro lato dall’iscrizione del titolare nel registro dell’emittente.

Il registro dell’emittente della SPA è rappresentato dal ***libro dei soci*.**

Tale iscrizione può essere effettuata o su richiesta del venditore alla società o su richiesta del compratore. Il venditore dovrà dimostrare il diritto di disposizione su quel titolo, il compratore invece dovrà dimostrare con un contratto autenticato da un pubblico ufficiale che ha effettivamente acquisito il diritto sul titolo azionario e dunque alla proprietà dello stesso. 🡪Tale richiesta prende il nome di ***transfert*** ai sensi dell’Art. 2222 CC.

1. *con un modo diverso di far circolare l’azione che è quello della* ***GIRATA IN PIENO AUTENTICATA:*** *la girata è lo strumento per far circolare un titolo di credito all’ordine, la girata è un ordine che l’attuale titolare del titolo dà al compratore.*

🡪 **Il girante da l’ordine al debitore di adempiere alla prestazione del titolo nei confronti di un terzo giratario. “in pieno”,** perché sul titolo devono risultare il nome del girante e del giratario, **e le firme devono essere autenticate dal pubblico ufficiale**.

Il giratario, dunque, il compratore che si presenta alla società con una girata in pieno ha diritto all’iscrizione nel libro dei soci, la girata dimostra al compratore di essere tale.

Dal momento in cui sussiste l’iscrizione nel libro dei soci, il titolare dell’azione è legittimato all’esercizio dei diritti dall’azione conferitegli.

***Eccezione****:* III comma art. 2355 CC. che riguarda il momento a partire dal quale il titolare dell’azione può esercitare i diritti sociali: **si possono esercitare i diritti sociali pur non essendo iscritto nel libro dei soci, PER UNA SOLA VOLTA**.

Dimostrandomi giratario, il diritto azionario, consente al giratario di esercitare una volta i diritti sociali senza l’iscrizione del suo nome nel libro dei soci, sarà poi obbligo della società effettuando l’aggiornamento del libro dei soci successivamente all’esercizio del diritto sociale che l’azione conferisce al socio.

In caso di assenza di eredi, tale accadimento genera il fenomeno delle ***azioni abbandonate***: **le azioni abbandonate derivano dal fatto che il soggetto titolare muore senza avere eredi.**

**AZIONE DEMATERIALIZZATA:** (es. trading online)

Le azioni dematerializzate sono azioni il cui documento rappresentativo della stessa è un documento immateriale e questo significa che il **documento non è cartaceo**.

Questo è possibile in un modo: quando una società sceglie per sua scelta autonoma di entrare a far parte di un sistema di gestione accentrata delle azioni.

Vi sono alcune società, tendenzialmente quotate in mercati regolamentati, che sono obbligate a dematerializzare i titoli, cioè a seguito dell’emissione delle azioni in mercati quotati regolamentati vige l’obbligo di dematerializzazione delle azioni.

COME si dematerializza? 🡪 **SISTEMA DI GESTIONE ACCENTRATA**

La dematerializzazione **si realizza** **portando le azioni presso un sistema di gestione accentrata delle azioni che presuppone un intermediario** che si occupi di acquisire tutte le azioni che vogliono o debbono essere dematerializzate. Oggi nel nostro sistema socioeconomico **esiste un unico intermediario di gestione accentrata** delle azioni ed è rappresentata **dalla Società Monte Titoli S.p.A.**

Dal punto di vista pratico succede che *la Monte Titoli acquisisce in deposito i titoli che debbono essere dematerializzati e* ***accende un conto a debito verso la società*** *che porta tali titoli, questo* ***conto viene a sua volta articolato in tanti sotto cont****i che sono i singoli soci titolari di quelle azioni e quindi di fatto* ***quando un titolo viene trasferito si realizza un cambio di intestazione*** *che si verifica per il tramite di un caricamento/scaricamento di sottoconti accesi all’interno del conto della società emittente.*

NON si può dematerializzare **parzialmente,**

SI PUO invece decidere di dematerializzare le azioni e mantenere materiali le obbligazioni.

La società di gestione accentrata normalmente **rilascia agli azionisti dei certificati** che rappresentano l’equivalente del possesso materiale, e l’aggiornamento del libro dei soci viene effettuato per mezzo delle informazioni periodiche che la Monte Titoli fornisce alla società in merito alla titolarità dei vari titoli.

Potrebbe capitare che io compro oggi le azioni e devo esercitare i diritti sociali, e non posso essere incerto che la Monte Titoli abbia o meno comunicato le informazioni sul mio conto, per questa ragione posso attraverso il certificato che rappresenta l’equivalente del possesso materiale dimostrare la mia titolarità dell’azione e dunque ottenere l’iscrizione al libro dei soci.

**(SRL)**

il discorso è differente rispetto alle SPA.

In una SRL io vendo la mia quota che presuppone che ci sia qualcuno disposto ad acquistare quella quota (con quel taglio, caratteristiche) oppure potrebbe essere frazionata e in quel caso ci sarà̀ un intervento da parte della società̀ per modificare la consistenza della quota che deve essere trasferita. Tramite contratto si dimostra di aver acquistato le partecipazioni che un socio mi ha venduto, solo che **la formalità̀ mediante cui l’acquirente è legittimato all’esercizio dei diritti sociali è diversa, in quanto nelle SRL è stato abrogato l’obbligo di tenere il libro dei soci, consiste infatti nella stessa formalità̀, indicata all’art 2470 2° comma che è rappresentata dal deposito presso il registro delle imprese delle quote trasferite.**

**COME?**

**Quando trasferisco una quota in una SRL**, il contratto diventa efficace nei confronti della società̀ nel momento in cui avviene il deposito e l’iscrizione nel registro delle imprese (che sostituiscono il libro dei soci); solo una volta che il nome è stato depositato presso il registro delle imprese potrò̀ esercitare i diritti. Il deposito è gravato sul notaio o professionista (dottore commercialista) ossia coloro che autenticano la firma posta sul contratto di trasferimento delle quote (ricordiamo che è una scrittura privata autenticata). Da quel momento l’acquirente è qualificato come socio nei confronti della società.

Il cambiamento che è avvenuto sulla struttura delle quote ha provocato un cambiamento anche nel regime di trasferimento delle quote🡪 Il regime di trasferimento delle quote, di cui all’art. 2470 cc**, può essere sostituito da un regime differente che, invece, è contenuto all’interno del Testo Unico della Finanza (art. 100-ter TUF, co. 2-bis e seguenti)**.

**L’art. 100-ter TUF** è stato introdotto per codificare, in base a legge primaria com’è il TUF, quei portali per l’offerta al pubblico di quote di società̀ di piccole-medie imprese, alle quali si sono aggiunte anche le quote delle c.d. imprese sociali. La concreta modalità̀ di funzionamento di questi portali è stata stabilita per il tramite di un regolamento Consob sulle operazioni **crowd funding.** Inizialmente tali operazioni riguardavano soltanto le quote delle piccole-medie imprese, adesso le operazioni crowfunding possono riguardare anche l’emissione di obbligazioni o titoli di debito che successivamente vedremo.

1. Secondo quanto disposto dal comma 1 dell’art. 100 TUF «*Le offerte relative a strumenti finanziari emessi da piccole e medie imprese devono avere un corrispettivo totale inferiore a quello determinato dalla Consob ai sensi dell’art. 100, co. 1, lett. C)*». Tale previsione serve per ***ESENTARE* l’offerta al pubblico, di strumenti finanziari tramite portali, dall’obbligo di redigere il prospetto informativo**. Un’offerta al pubblico di strumenti finanziari è, normalmente, assoggettata ad una disciplina che ruota attorno alla redazione di un prospetto che prende il nome di **prospetto informativo**, ai sensi dell’art. 94 TUF.
2. L’art. 100-ter TUF, se da un lato legittima il portale per l’offerta al pubblico delle quote delle piccole e medie imprese dall’altro, con il comma 2-bis, **introduce un REGIME DI CORCOLAZIONE ALTERNATIVA🡪molto simile a quello delle azioni dematerializzate visto prima**

OVVERO: Nel caso in cui una società̀ emittente voglia collocare al pubblico delle quote che ha emesso (1) può̀ chiedere che la prima collocazione sia destinata ad un intermediario incaricato (tipicamente è una banca che si incarica di acquistare tutte le quote emesse attraverso il portale).

(2) Una volta acquistate dall’intermediario, tali quote devono essere ricollocate nei confronti dei destinatari finali.

🡪 Quando ciò̀ accade, la società̀ può̀ decidere, in presenza del consenso dell’acquirente finale, di mantenere le quote all’interno dell’intermediario. In tal modo l’intermediario accende un conto nei confronti della società̀ e può̀, anziché́ dare materialmente tali quote al compratore finale, depositarle al suo interno e collocarle virtualmente ai singoli compratori accendendo dei sotto conti a loro intestati.

Attraverso l’accensione dei sottoconti il trasferimento delle quote avviene sempre per il tramite di scritturazioni contabili**.**

**L’obiettivo è quello di creare un mercato secondario delle quote**, il quale, attualmente**, NON costituisce una forma di mercato regolamentato.**

**Le quote delle SRL-PMI NON possono essere introdotte all’interno dei mercati regolamentati.**

**La DIFFERENZA tra questo sistema ed il sistema della gestione accentrata**:🡪è rappresentata dal fatto che:

* il **mantenimento presso l’intermediario**, da un lato deve essere autorizzato da parte della società̀ emittente, d’altro lato deve essere anche voluto da parte del terzo compratore. Dunque, deve essere il socio a consentire il mantenimento delle sue quote presso l’intermediario. In mancanza del consenso del terzo compratore, questi potrebbe chiedere l’uscita delle quote dal sistema dell’intermediario, quindi la consegna materiale delle quote
* **Nell’ambito della** **SRL** il sistema di circolazione di cui al comma 2-bis, art. 100-ter TUF è un sistema che potrebbe operare in via complementare con il sistema di circolazione previsto dall’art. 2470 cc. Cioè, non è detto che se trova applicazione il sistema di circolazione di cui al co. 2- bis, art. 100-ter TUF il sistema di circolazione previsto dal codice civile venga meno. Entrambi i sistemi potrebbero sopravvivere posto che le quote vengano mantenute all’interno dell’intermediario ed in virtù del consenso del terzo compratore.

Se la società si avvale della possibilità di cui all’art. 100-ter il socio potrebbe dare il consenso e successivamente far circolare le sue quote per il tramite di scritturazioni.  
È importante ricordare che, nonostante la transazione delle quote sostituisca il contratto cartaceo, non è comunque sostituito l’obbligo di comunicare al Registro delle Imprese le generalità dell’acquirente. Tuttavia, tale obbligo grava sull’intermediario.

**LIMITI ALLA CIRCOLAZIONE DELLA PARTECIPAZIONE SOCIALE (SPA E SRL)**

Discorsi simili qui per SPA e SRL.

Tali limiti sono in realtà limiti da un lato al fatto che **l’acquirente diventi possessore qualificato** e dall’altro al fatto che **l’acquirente depositi o possa depositare presso il registro delle imprese le quote acquistate**. I limiti sono essenzialmente di due tipi:

* ***Limiti para-statutari*** (limiti che si trovano all’interno di contratti parasociali)
* ***Limiti statutari* (limiti sociali):**

*Si hanno quando tali limiti compaiono all’interno dello statuto*, si tratta di clausole frequentissime.

Si tratta di clausole che non rendono più libera *la c****ircolazione e la sottopongono all’adempimento di condizioni*** *che vanno rispettate per permettere all’acquirente di potersi iscrivere nel libro dei soci nel caso di SPA o nel RDI nel caso di SRL.* Quali sono queste **CLAUSOLE:**

* + **Clausola di prelazione:** clausola diffusissima a livello pratico. Si tratta di una clausola contrattuale con cui se un socio vuol vendere le sue azioni o le sue quote ad un terzo a parità di condizioni deve offrirle prima ai soci preesistenti. Tutela dei soci preesistenti. A parità di condizioni. 🡪 **Diritto** per i soci preesistenti di comprare le quote che un altro socio vuole vendere a parità di condizioni rispetto a quelle a cui sottoporrebbe al mercato. I soci hanno un limite di tempo per esercitare la prelazione. Sorgono numerosi problemi legati a tale causa:

***Cosa significa “a parità di condizioni”:*** una volta che un socio vuole vendere deve comunicare a chi vuole vendere, e a quali condizioni. La comunicazione scritta con cui il socio manifesta l’intenzione di vendere si chiama **denunciatio.** Una volta comunicato questo scatta il termine temporale entro cui i soci possono esercitare la prelazione e comprare la partecipazione allo stesso prezzo a cui il socio ha offerto tale partecipazione al mercato, allo stesso ammontare di offerta che il terzo ha formalizzato per la quota. Se il terzo ha offerto 100, il socio dovrà offrire ai soci con prelazione la quota a 100, se nessuno esercita la prelazione allora la quota sarà venduta al terzo. → tutto questo discorso presuppone che il prezzo offerto dal terzo sia fungibile, possa essere offerto anche da un altro socio, dunque che l’offerta avvenga in denaro.

**PRELAZIONE PROPRIA** 🡪 nel caso in cui la vendita della partecipazione avviene **contro denaro**

**PRELAZIONE IMPROPRIA** 🡪immaginiamo che il socio voglia vendere le sue partecipazioni o conferire le sue partecipazioni in un'altra società e il corrispettivo offerto dal terzo **non sia denaro ma sia in termini di partecipazioni sociali dell’altra società**, oppure immaginiamo che il socio voglia donare le sue partecipazioni, ecc. 🡪

*DOMANDA. In questo caso (prelazione impropria)* ***come si stabilisce e quale sia la parità di condizioni*** *e come si fa a rispettarla? Le posizioni prevalenti:*

In presenza di corrispettivi non fungibili o addirittura in assenza di corrispettivo si parla di **prelazione impropria**.

La prelazione impropria secondo qualcuno non è ammissibile.

Si tratta tuttavia di una posizione di minoranza, si ritiene oggi che sia ammissibile anche la prelazione impropria. Occorre giudicare caso per caso l’ammissibilità della prelazione impropria con riferimento allo specifico statuto della società e si ritiene che la clausola sia comunque tendenzialmente ammissibile.

Il problema che sorge qui è: cosa devono offrire gli altri soci che possono esercitare la prelazione? Come fanno a rispettare la parità delle condizioni?

🡪 La conclusione prevalente sul punto è che in assenza di corrispettivo fungibile in denaro gli altri soci possono comunque esercitare la prelazione offrendo al socio che intende cedere le sue (RISPOSTA) partecipazioni, o eventualmente al donante o agli eredi, un prezzo equivalente o determinato secondo i criteri stabiliti nell’ **IPOTESI DI RECESSO.**

🡪 **La determinazione della quota di recesso** **va effettuata secondo criteri di effettività,** ovvero il valore ideale della partecipazione: si determina il valore economico complessivo della società e si va poi a determinare il valore della determinata partecipazione sociale, dunque il valore effettivo che la partecipazione ha in un mercato ideale che valuta correttamente il valore di quella partecipazione, una sorta di FAIR VALUE della partecipazione. Questo è il valore che il socio che esercitano la prelazione devono offrire in caso di prelazione impropria.

***Conseguenze della VIOLAZIONE DELLA CLAUSOLA DI PRELAZIONE***

Il fatto che la clausola di prelazione sia una clausola statutaria è iscritta nel registro delle imprese e quindi varrà la **presunzione di conoscenza assoluta**, come per tutte le informazioni iscritte nel registro delle imprese.

Il terzo non può affermare la non conoscenza poiché se un info è iscritta nel RDI la conoscenza è presunta in modo assoluto. La società può far valere erga omnes la clausola di prelazione**.**

**Nel caso di violazione la società potrà richiedere la CANCELLAZIONE dal RDI, del nominativo di tale socio, per mancanza del rispetto delle condizioni previste dalla legge, e dunque l’iscrizione è inefficace**. Infine, tale partecipazione tornerà in mano al socio venditore, il quale potrà eventualmente effettuare ancora una transazione, qualora rispetti la clausola di prelazione, con il terzo acquirente precedente, sempre che i soci non decidano di esercitare la prelazione.

* + **Clausola di gradimento** Clausola con la quale l’ingresso di un terzo all’interno della società deve richiedere il gradimento da parte della società medesima. Qui l’interesse tutelato è quello essenzialmente di mantenere chiuso entro una determinata compagine sociale, il gruppo dei soci e quindi, quando un terzo vuole o intende entrare all’interno della società, questo terzo deve in qualche modo essere gradito, cioè deve ottenere il placet da parte della società. Quindi l’assenza di questo **placet** da parte della società di fatto impedisce al terzo di ottenere l’iscrizione nel libro dei soci nel caso di società azionaria ovvero impedisce il deposito del suo atto di cessione, di acquisto, nel registro delle imprese nel caso di s.r.l.

**GRADIMENTO OGGETTIVO / PROPRIO** 🡪 Ci sono clausole che contengono al loro interno delle CONDIZIONI OGGETTIVE 🡪Se la clausola statutaria presenta queste condizioni, cioè presenta determinate richieste oggettive al ricorrere delle quali il placet viene rilasciato, in questo caso il placet viene rilasciato soltanto verificando che in concreto queste condizioni ci siano. Caso contrario, questo gradimento non viene rilasciato.

**MERO GRADIMENTO / IMPROPRIO** 🡪 Ci sono delle clausole di gradimento che invece NON PREVEDONO CONDIZIONI OGGETTIVE🡪 Quindi, si parla genericamente di gradimento senza specificare nel contempo le condizioni oggettive al ricorrere delle quali il placet viene rilasciato.

**Chi rilascia il placet all’interno della società?**

Questa cosa viene definita **nell’ambito della clausola.**

Le alternative sono essenzialmente due: normalmente questo gradimento viene attribuito alla **competenza dell’organo amministrativo,** quindi è l’organo amministrativo che deve deliberare il placet o decidere il placet nei confronti di un terzo aspirante socio; talvolta, il placet può essere attribuito **anche ai soc**i, direttamente ad essi. Quindi i soci, in questo caso in assemblea o in s.r.l. anche in diversa modalità decisoria, possono decidere se fare entrare il terzo oppure no in società. Qui è molto importante capire i limiti nell’esercizio del potere, cioè se il potere è discrezionale oppure è vincolato dal punto di vista oggettivo.

*Domanda*: “Questo potere può configurare un diritto particolare o una categoria di azioni?”

Con riferimento alla categoria di azioni qualche dubbio si ha. Nel senso che il potere di rilasciare il placet può sembrare che non sia un diritto sociale e quindi come tale sia inidoneo a configurare una categoria. Anche perché poi, come fa poi la categoria a decidere con riferimento al rilascio del placet? Ricordarsi che l’assemblea speciale di categoria non ha una competenza generica, bensì esclusiva ai sensi del 2376. Mentre invece potrebbe essere possibile riconoscere il placet, quindi il potere di esprimersi sul gradimento per il tramite di diritto particolare. Cioè ci può stare all’interno di una s.r.l. che un socio abbia diritto particolare a rilasciare il placet ad un soggetto che aspira ad entrare all’interno della società.

C’è poi un’ultima tipologia di clausole limitative della circolazione delle azioni e delle quote, addirittura sono clausole che escludono la circolazione delle azioni e delle quote:

* **Le clausole di intrasferibilità** (Se c’è la clausola di intrasferibilità normalmente non si possono trasferire le azioni e le quote.) **È una clausola certamente ammissibile nella S.p.A. subordinata ad un periodo di tempo di 5 anni**, quindi la sua validità non è illimitata ma più durare al massimo per un quinquennio. Nella s.r.l. clausole di questo tipo, oltre ad essere frequenti, sono svincolate da un limite temporale, quindi clausole che possono durare anche per oltre un quinquennio.

**Normalmente la clausola di intrasferibilità generica preclude qualunque forma di trasmissione della partecipazione sociale, e quindi sta a significare che la quota, la partecipazione sociale, non circola né per atto tra vivi né causa di morte, se c’è l’intrasferibilità secca**.

In altri casi l’intrasferibilità potrebbe essere solo per atto tra vivi e quindi lasciando libera la circolazione mortis causa.

*Domanda*: “Ma non c'è il divieto dei vincoli perpetui?”

🡪C’è questo problema, tanto è vero che la clausola di intrasferibilità, quindi il rischio di prigionia del socio all’interno della società, ma come pure la clausola di mero gradimento.

*Domanda*: “Può sussistere contemporaneamente in una società una clausola di mero gradimento con una clausola di intrasferibilità della partecipazione?

🡪 NO, non ha senso. Se c’è l’intrasferibilità essa è assorbente, cioè se si stabilisce questa clausola la partecipazione non circola. Eventualmente una clausola ulteriore ci potrebbe essere quando l’intrasferibilità non è assoluta, per esempio si consente la circolazione mortis causa, in quel caso ci potrebbe essere un problema di clausole limitative ulteriori.

Invece è molto ricorrente nella pratica la sussistenza della clausola di prelazione e di gradimento, spessissimo quella di prelazione è sempre accompagnata da una di gradimento.

🡪 Nel senso che quando si è titolari della prelazione, nella misura in cui non si esercita la prelazione, la partecipazione può circolare al terzo e però esso in questa eventualità può essere ulteriormente limitato dalla sussistenza di un gradimento, cioè da un rilascio di un placet (la clausola di prelazione tutela l’interesse dei soci ad incrementare la propria partecipazione sociale; la clausola di gradimento tutela l’interesse dei soci a mantenere una certa composizione della compagine sociale).

*Domanda*: “Però comunque deve **aspettare che si verifichino le condizioni per il recesso?”**

**NO🡪 Il discorso NON vale nel caso di gradimento oggettivo e NON vale nel caso di prelazione**.

🡪Queste due clausole rendono più difficile l’uscita del socio dalla società ma certamente glie l’assicurano. Si deve rispettare un certo percorso però alla fine se si vuole si può uscire dalla società, con la prelazione e il gradimento oggettivo.

**SI🡪 Invece, nel caso di** **gradimento mero o di intrasferibilità**

**🡪**il rischio è che il socio rischia di rimanere prigioniero all’interno della società. Quindi la presenza di queste clausole deve riconoscere, ad ogni socio, la possibilità di uscire dalla società in modo alternativo, rappresentato dal diritto di recesso, nella S.p.A. e nella s.r.l., o dal diritto di riscatto delle azioni per quanto riguarda la S.p.A., cioè la società può comprare le azioni del socio che vuole uscire, riscattando queste azioni; quindi, fa un acquisto di azioni proprie riscattando le azioni del socio uscente.

Tutte e quattro le clausole viste, così come possono esser presenti nello statuto, **possono invece essere oggetto di un contratto a latere, che è il contratto parasociale**, quindi creando quello che nella prassi si definisce un sindacato di blocco (cioè un patto parasociale che contiene una delle clausole di prelazione o di gradimento o di intrasferibilità che possono risiedere nello statuto).

PARASOCIALI????

**DIRITTO DI RECESSO**

(299 spa 714 srl)

Lo si trova sia nelle S.p.A. che nelle s.r.l. nelle norme rispettivamente agli articoli **2437(spa) e 2473(srl).**

Quando può esser esercitato il recesso (che si accompagna con intrasferibilità e mero gradimento statutario)?

Il suo fine è quello di consentire al socio di disinvestire dalla società in modo alternativo rispetto alla vendita ma tutelando istanze dei soci e dei terzi perché è chiaro che la riduzione del patrimonio per il recedente comporta danni per la società di cui risentono altri soci e creditori.

Il recesso posso esercitarlo **SOLO SE è coperto dalla normativa** perché nel diritto dei contratti, il recesso è eccezionale (in altri ordinamenti il recesso è un rimedio ordinario) cioè è la legge che lo consente.

Nel diritto societario però il diritto di recesso c’è, seppur **condizionato** ad alcune circostanze. Si tratta di un diritto che **può esser esercitato come forma di CORRETTIVO DEL POTERE DI MAGGIORANZA**. Quindi **viene esercitato perché si è dissenzienti o anche assenti (per le S.p.A.) sulle delibere assembleari per diverse materie**.

Quindi NON è vero che ogni forma di dissenso permette al socio di recedere, ma ci sono casi particolari di decisioni sociali per le quali il socio può esercitare il recesso.

* **QUANDO È CONCESSO?**

Questi casi si trovano nell’art. 2437 per S.p.A. e 2473 primo comma per le s.r.l.

**🡪 Sono delle DECISIONI CHE MODIFICANO L’ASSETTO SOCIETARIO (**per esempio si cambia oggetto sociale o si trasforma società o spostamento della sede all’estero). 🡪Nel caso di dissenso rispetto a queste operazioni, **il recesso è sempre consentito soprattutto nel cambio del tipo**, cioè trasformazione, ma NON in caso di fusione o scissione, SALVO che la legge non preveda diversamente, INFATTI:

* nell’ambito della s.r.l., il recesso è consentito per fusione o scissione ma non è riconosciuto in sé per l’operazione, bensì è riconosciuto muovendo dal presupposto che la s.r.l. è un tipo sociale caratterizzato da intuitus personae (cioè quei negozi dove hanno rilevanza le qualità particolari dei singoli soci, ossia il rapporto fiduciario che caratterizza questo tipo sociale) che può esser alterato per effetto della fusione o la scissione.
* Stessa motivazione di recesso si trova nel caso di aumento di capitale sociale in deroga al diritto di sottoscrizione nel caso di s.r.l.; tale diritto di recesso non c’è nel caso dell’azionista dissenziente anche nell’ipotesi in cui si deroghi al diritto di opzione.

**SPA/SRL**

1. MODIFICA DELL’OGGETTO SOCIALE:

Quindi una decisione modificativa nell'oggetto sociale **legittima il socio dissenziente a uscire dalla società**

SPA🡪Per modifica “valida” al fine di concedere il recesso si intende una modifica che apporti un **cambiamento significativo (formale) nella società**, non una modifica da poco quindi.

SRL🡪Invece nel caso della società responsabilità limitata legittima il recesso anche il cambiamento sostanziale dell'oggetto sociale.

ES DI MODIFICA: Il caso da manuale più frequente è quando: **io conferisco l'azienda della società trasformando la società da operativa in holding**.

Quindi ho fatto un cambiamento sostanziale dell'oggetto sociale perché non faccio più l’attività per cui ho creato quella azienda sociale, ma mi limito a gestire le partecipazioni sulla società conferitaria che ha acquisito per conferimento la mia azienda. Questa è una decisione che modifica sostanzialmente l'oggetto sociale e che nel caso della società a responsabilità limitata legittima il diritto al recesso.

Nella società per azioni in realtà lo vedremo studiando l'articolo 2361 è un'operazione che tutto sommato forse non sarebbe percorribile

1. TRASFORMAZIONE DELLA SOCIETA
2. TRASFERIMENTO DELLA SEDE ALL’ESTERO 🡪 **L’art. 50 lettera g del TFUE i**mpone delle misure EQUIVALENTI E NON IDENTICHE, e quindi c’è un cambiamento, seppur nell’ambito di un contesto armonizzato, della disciplina applicabile alla società. **Questo giustifica il recesso** ed è un diritto che trova riscontro in altri ordinamenti dell’UE nel caso di trasferimenti intra UE della sede.
3. REVOCA DELLO STATO DI LIQUIDAZIONE
4. ELIMINAZIONE DI UNA O PIU CAUSE DEL RECESSO DA STATUTO
5. MODIFICHE STATUTO CONCERNENTI DIRITTI VOTO E PARTECIPAZIONE

* ***IPOTESI TIPICHE DEL RECESSO MA DEROGABILI:***

1. *Proroga del termine della società*
2. *Introduzione o rimozione vincoli circolazione azioni*
3. *Cause atipiche inserite dopo nello statuto*🡪 *SOLO per le società chiuse ovvero quelle che non fanno ricorso al capitale di rischio. NON posso inventarmi una “giusta causa” per la quale recedere come succede nelle società di persone.* Il problema è semmai se posso prevedere all'interno dello Statuto la giusta causa. Bisogna chiedersi se all'interno di una società una clausola statutaria possa stabilire la giusta causa cioè possa far riferimento alla generica giusta causa come causa di recesso. È una questione controversa questa.
4. *Recesso AD NUTUM🡪* **L’unico caso in cui posso recedere ad nutum, cioè senza ragione e con solo preavviso, è quando la SOCIETA è A TEMPO INDETERMINATO.** Ma questo è nei principi, se la società è a tempo indeterminato io ovviamente posso uscire dalla medesima società esercitando il recesso purché con preavviso. Questo preavviso normalmente di 180 giorni/6 mesi può essere allungato fino a 2 anni soltanto nella parte iniziale della vita della società.

*Quindi come si pone il problema* ***per le clausole precedenti circa il divieto dei vincoli perpetui******se NON ci sono le condizioni per esercitare il recesso?***

🡪 Con riferimento alle cause precedenti (intrasferibilità e mero gradimento):

* **per l’intrasferibilità eccezionalmente**🡪 il socio può esercitare il recesso SE l’atto costitutivo della società prevede l’intrasferibilità assoluta delle azioni o quote.
* **per il mero gradimento**🡪 non si capisce se basta solo la presenza in statuto del mero gradimento o se esso deve esser negato per esercitare il recesso.

*Domanda: “Questa blindatura della quota azione, considerando che si ha possibilità di riflesso, possono rappresentare clausole pericolose in quanto depauperano il patrimonio sociale in caso di esercizio del recesso?”*

Questa fu una delle grandi critiche. Era stata sollevata all'indomani della riscrittura delle norme sul recesso aumentando di fatto in maniera considerevole le cause di recesso.

Però, secondo il parere del professore, il dato normativo come proverò dimostrare tra pochissimo risponde a questi timori, trova dei correttivi di equilibrio rispetto a questi timori effettivamente legittimi.

* **LIQUIDAZIONE DELLA QUOTA DI RECESSO**

La liquidazione della quota del socio recedente appunto è pensata sul presupposto che il recesso debba **sostituire la vendita🡪** Quindi il pagamento al socio va fatto al **valore effettivo della partecipazione.**

Presupponendo di fatto la società, l'azienda sociale è oggetto di vendita nel suo insieme, quindi l’azienda sociale va valutata, per poi pervenire al valore della quota, parte della partecipazione, che fa capo al socio che esercita il recesso.

🡪 all'interno di una società per azioni **LO STATUTO in qualche modo può specificare anche** **i criteri valutativi** che devono essere impiegati per determinare la quota di recesso.

(SRL:Cosa che invece non accade nella società responsabilità limitata🡪 io NON so ex-ante secondo quali criteri determinerò la liquidazione della quota in caso di recesso… volendo ce lo metto ma non è obbligatorio quindi dipende)

🡪 dunque, nella SPA, **il valore della quota nel caso di recesso è conosciuto già EX ANTE.**

(Nella SRL ciò non accade e questo comporta spessissimo, dal punto di vista pratico, che si hanno delle controversie anche molto lunghe e complesse tra socio recedente e società, sulla fissazione del prezzo di recesso e spesso finiscono in contenzioso, con consulenza tecnica d’ufficio e così via perché il socio recede ma non sa quanto prenderà con il suo recesso.)

🡪 DETERMINAZIONE VALORE EFFETTIVO: questo molto dipende dai criteri che vengono applicati per determinarlo; per *esempio*, una **questione pratica molto importante** è quella di capire se il valore effettivo della partecipazione del socio che recede dev’essere ridotto in quanto ad esempio **partecipazione di minoranza**, cioè se si debba applicare il così detto “sconto di minoranza”.

L’orientamento prevalente dice di NO🡪non deve essere applicato in caso di recesso lo sconto di minoranza, perché si deve riconoscere al socio che recede il valore effettivo della sua partecipazione. (Però appunto la questione nella s.r.l. crea contenzioso, ed è anche abbastanza lungo, nel frattempo però il socio è uscito dalla società perché ha esercitato il diritto di recesso, quindi è titolare di un diritto di credito che dev’essere liquidato e senza possibilità alcuna di avere voce in capitolo all’interno della società.)

* **IL PAGAMENTO DELLA QUOTA**

Il pagamento della quota è abbastanza simile tanto nel caso di S.p.A. quanto nel caso di s.r.l. Solitamente il professionista che valuta l’azienda utilizza metodi diversi salvo che la società non lo vincoli ad utilizzare un determinato metodo che prevede all’interno dello statuto.

Nel caso di S.p.A. la valutazione può essere vincolata dai criteri previsti all’interno dello statuto altrimenti si utilizzano i tradizionali metodi utilizzati nel caso di valutazione dell’azienda per poi pervenire alla valutazione della quota.

**Il recesso produce effetto quando la comunicazione viene a conoscenza dalla società**. 🡪 Da quel momento il socio potrebbe non essere più riconosciuto tale, tuttavia la società potrebbe revocare la delibera causa del recesso e quindi il socio rimanere tale🡪 perciò deve ritenersi che la sterilizzazione dei dirittti sociali debba essserci solo quando la società perde questa facoltà

La stessa conclusione dovrebbe valere nel caso di **s.r.l.** anche se li c’è un problema sempre legato al fatto che non si calcola correttamente la quota, visto sopra)

* Per quanto riguarda il pagamento della quota, la disciplina è abbastanza simile nel caso di s.r.l. e nel caso di S.p.A., si cerca di trovare un pagamento **‘extra menia’** cioè qualcuno che sia disposto a comprare le azioni o le quote del socio recedente e questo qualcuno può essere un socio che vuole accrescere la sua partecipazione sociale, o nei limiti del possibile anche un terzo. Si cerca di assicurare il diritto di exit ma senza toccare il patrimonio sociale.

* Ma questo tentativo potrebbe andare non a buon fine quindi **nessuno è disposto a compare** la partecipazione del socio recedente e quindi a quel punto è **la società che deve farsi carico** dell’onere di liquidare il valore della partecipazione. 🡪 Questa cosa lo può fare SOLO nella misura in cui il valore della partecipazione possa essere coperto da RISERVE DISPONIBILI
* Se invece NON HO RISERVE DISPONIBILI🡪 devo toccare il CAPITALE SOCIALE e questa riduzione del capitale sociale è **disciplinata dalla riduzione volontaria del capitale sociale**, è quindi una riduzione **efficace dopo 3 mesi** dall’iscrizione nel registro delle imprese e vale anche nel caso recesso quindi con possibilità per un terzo di sollevare opposizione alla riduzione del capitale sociale, se la riduzione è accolta la società viene messa in liquidazione e quindi il diritto di exit del socio può essere realizzato nel contesto della liquidazione della società.
* Nel caso di S.p.A. va sempre tenuta presente la possibilità per la società di comprare le proprie azioni (l’acquisto delle proprie azioni è subordinato al fatto che ci siano le riserve disponibili) e poi può ricollocarle sul mercato una volta che ne trova l’occasione e la possibilità.

**I SINDACATI DI VOTO**

I limiti parasociali, con riferimento all’atto costitutivo di una società di capitali, di solito si possono trovare all’interno di un patto parasociale che assume la configurazione del **sindacato di blocco**, cioè *un patto che introduce dei limiti convenzionali alla circolazione delle azioni o delle quote; però questi limiti non sono contenuti nello statuto ma nel patto parasociale.*

Un sindacato di blocco può prevedere (1) **prelazioni** per i soci aderenti al patto o gradimenti (meno probabile) oppure (2) **intrasferibilità** delle quote.

Le stesse cose viste sul piano sociale più meno possono essere replicate anche su un piano parasociale. La differenza però è enorme perché il fatto che siano **vincoli parasociali ovviamente sono vincoli che hanno efficacia soltanto tra i soci aderenti al patto** e quindi **se questi vincoli vengono violati la società non può opporre il medesimo nei confronti del terzo aspirante socio,** ci sarà quindi di conseguenza soltanto una tutela in forma **risarcitoria** per i danni cagionati da quel classico inadempimento contrattuale.

🡪**Quando il sindacato contiene anche limiti o regole per l’esercizio al diritto al voto** allora il sindacato è sottoposto ad una **specifica disciplina** che cambia a seconda del tipo sociale al quale si riferisce e a seconda della tipologia di società.

**OPERAZIONI SULLE QUOTE PROPRIE**

Le operazioni sulle proprie quote sono inspiegabilmente **vietate nell’ambito della s.r.l. salvo il caso particolare delle PM**I ma non in modo generico ma soltanto se a servizio dei piani stock options verso i dipendenti.

**A TITOLO DERIVATIVO**

Posso avere interesse ad acquistare delle quote proprie sia per motivi organizzativi che per stabilizzare i valori di listino in periodi di forte speculazione.

Generalmente sono soggette ad un PRINCIPIO DI LIBERTA🡪che vale per ogni acquisto di partecipazioni da parte delle spa.

La norma è dettata dall’Art2357 e 2359 quater

**ACQUISTO DELLE AZIONI PROPRIE E TUTELA DEL CAPITALE SOCIALE/PROTEZIONE EQUILIBRI GOVERNANCE: NORMATIVA**

🡪La società NON può acquistare azioni proprie se NON nei limiti degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultati dall’ultimo bilancio regolarmente approvato. 🡪 l’operazione piò avvenire solo con mezzi ulteriori, per fare in modo che le azioni non possano mai considerarsi parte dell’attivo rilevante, l’articolo impone che venga registrata una riduzione del patrimonio netto contabile di eguale importo tramite l’iscrizione al passivo nel bialancio.

🡪 Le azioni devono essere INTERAMENTE LIBERATE

🡪 previsioni IDENTICHE per quanto riguarda l’acquisto di azioni della CONTROLLATA da parte della controllante

🡪 la normativa si premura anche di tutelare gli equilibri della governance al fine di mantenere una certa stabilità all’interno della società. Dunque, al fine di adempiere a questo compito è prevista l’AUTORIZZAZIONE DELL’ASSEMBLEA ORDINARIA al fine di approvare tale genere di operazioni:

* Deve specificarsi un numero massimo di azioni da acquistare
* Durata non superiore a 18 mesi
* Corrispettivo minimo
* Corrispettivo massimo

🡪 nel caso di azioni proprie poi il DIRITTO DI VOTO è sospeso ma le azioni proprie sono tuttavia computate ai fini del calcolo dell’assemblea🡪 in tal modo è impedito agli amministratori di utilizzare le azioni proprie direttamente sulle dinamiche assembleari e viene limitata la possibilità dei soci sulla decisione in maggioranze.

Mentre il DIRITTO AGL UTILI E DIRITTO DI OPZIONE 🡪 sono attribuiti proporzionalmente alle altre opzioni.

🡪 ultima norma è poi riguardante il LIMITE QUANTITATIVO ACQUISTABILE per le azioni di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio essendo disposto che il VN delle azioni proprie acquistate NON può ECCEDERE 1/5 del CS.

**VIOLAZIONE**

🡪 in caso di violazione le azioni debbono essere ALIENATE secondo modalità da determinarsi in assemblea, ENTRO UN ANNO dal loro acquisto.

In mancanza deve procedersi con ANNULLAMENTO E CORRISPONDENTE RIDUZIONE DEL CS.

**ESENZIONE**

Alle limitazioni dell’art 2357 e 2359bis:

* Acquisto a titolo gratuito
* Successione universale
* Fusione
* Scissione
* Esecuzione forzata

🡪 obbligo di ALIENAZIONE entro 3 ANNI, in caso di inadempimento allora annullazione delle azioni e rdiuzione del capitale sociale.

**A TITOLO ORIGINARIO**

ESCLUSA DEL TUTTO l’ammissibilità della realizzazione di una tale fattispecie statuendo che la società

* NON PUO SOTTOSCRIVERE azioni proprie 🡪 divieto assoluto. (art 2357 quater co1)
* NON PUO sottoscrivere azioni proprie la CONTROLLATA nella controllante
* NON PUO ….nel caso di SOTTOSCRIZIONE RECIPROCA DI AZIONI A🡪 ovvero allorhcè due società non legate da rapporti di controllo decidano in parallelo di costituirsi o aumentare il proprio capitale, l’una sottoscrivendo l’emissione dell’altra. Rischio che le società moltiplichino i valori nominali

**VIOLAZIONE:**

sanzione peculiare non corrispondete a quella della nullità del negozio sottoscritto. Stabilisce infatti che in caso di violazione del precetto di cui al co 1 della medesima disposizione le azioni si intendono sottoscritte e devono essere liberate dai promotori e dai soci fondatori o, in caso si aumento del cs, dagli amministratori.

**FINANZIAMENTO PER LACQUISTO DI AZIONI PROPRIE**

1)La legge prevedi in primo luogo una DELIBERA di AUTORIZZAZIONE da parte dell’assemblea STRAORDINARIA. Devono evidenziare:

* Le ragioni e obiettivi imprenditoriali che la giustificano
* Specifico interesse che l’operazione presenta per la società
* Rischi che essa comporta in relazione alla liquidità e solvibilità delle spa, e che tutto ciò avvenga a condizioni di mercato

2)si impone che per il finanziamento si ricorra a fondi tratti da utili distribuibili e riserve disponibili, non destinati a fungere da copertura nei confronti del capitale sociale

3)è stabilito che per la durata del finanziamento dovrà apportarsi in bilancio una RISERVA DISPONIBILE pari all’importo complessivo delle somme impegnate e delle garanzie fornite dalla società.

4)si stabilisce infine che l’operazione di sostegno del terzo possa prevedere che egli acquisti le azioni della stessa società, disponendo tuttavia in tal caso che il prezzo di acquisto debba essere determinato secondo i criteri di cui all’art2437 ter, dettati in tema di recesso o in misura pari al “prezzo medio ponderato al quale le azioni sono state negoziate” nei sei mesi precedenti all’assemblea.

E poi del TUTTI VIETETA l’accettazione di **AZIONI PROPRIE IN GARANZIA** 🡪 in relazione alla VIOLAZIONE di tale divieto si prevede che tale prestazione sia del tutto nulla per contrasto con la norma imperativa

**ASSUNZIONE DI PARTECIPAZIONI SOCIALI QUALIFICATE 🡪 VEDO DOPO CON ASSEMBLEA**

L’acquisto di partecipazioni da parte di una spa può spiegarsi per due ragioni 1) industriali: situazioni di controllo o collegamento tra società, 2) finanziarie: per l’utilizzo di liquidità in via accessoria all’attività industriale o in via principale.

🡪 Per essere legittima l’operazione in parola deve essere legata all’oggetto sociale da un imprescindibile NESSO DI STRUMENTALITA🡪 essa deve non solo in astratto potersi ricondurre ad una delle situazioni tipo ma anche in concreto giustificare in vista del perseguimento dell’oggetto sociale di una data società.

ART 2361 co 1 🡪 divieto di partecipazioni sostanzialmente modificative dell’oggetto sociale 🡪 ovvero l’assunzione di partecipazioni in altre imprese, anche se prevista genericamente dallo statuto, **NON è CONSENTITA, se per la misura e per l’oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente modificato l’oggetto sociale determinato dallo statuto.** 🡪 si vuole evitare che l’acquisizione di una partecipazione in concreto induca una deviazione delle risorse finanziarie affidate agli amministratori per la società interessata. 🡪 ne consegue che non è necessario verificare se essa sia una partecipazione di controllo perché anche una minima può portare a variare l’oggetto.

Inoltre, perché un acquisto, potenzialmente rilevante ex articolo 2361 co 1, possa compiersi, occorrerà PRIMA PROCEDERE AD UNA FORMALE MODIFICA DELL’OGGETTO SOCIALE, riconoscendo nell’occasione ai soci il diritto di recesso.

In relazione poi all’acquisto di partecipazione in società comportante la RESPONSABILITA LIMITATA, per le relative obbligazioni, il co 2 art 2361 dispone che esso sia deliberato dall’assemblea, dandosene una specifica informazione in nota integrativa di bilancio.

L’assemblea competente è quella ORDINARIA🡪 la mancanza della delibera assembleare o l’inosservanza delle relative previsioni da parte dell’organo amministrativo comporta un difetto in concreto del potere rappresentativo suscettibile di rendere inefficace l’acquisto nei limiti previsti dall’art 2384 co 2.

**MODALITA DI FINANZIAMENTO A DEBITO**

Parlando di modalità di finanziamento a debito tipiche delle società di capitali, si fa riferimento a:

* **Prestito obbligazionario** (artt. 2410 e ss c.c.);SPA
* **Titoli di debito**, cioè all’istituto analogo previsto nella disciplina della SRL
* **Forme nuove di finanziamento a titolo di debito rappresentate dalle cambiali finanziarie e dai mini-bond**;(SRL)

**SPA (PRESTITO OBBLIGAZIONARIO)**

Di fatto l’operazione di finanziamento alla base del prestito obbligazionario è un **rapporto di mutuo,** dove l’obbligazionista è tipicamente un finanziatore creditore della società.

Il prestito obbligazionario è un’operazione appannaggio esclusivo della società per azione. La caratteristica di questa operazione è molto simile a quella di creazione delle azioni,🡪 cioè si ha un’operazione unitaria di equity che viene poi divisa in tante piccole partecipazioni sociali contenenti lo status di socio minimo, che poi sono incorporate nelle azioni. L’operazione di muto in denaro è un’operazione unitaria che viene idealmente divisa in tanti segmenti di eguale misura e tipicamente di eguali condizioni economiche. Quindi è un’operazione unitaria che viene idealmente frazionata in parti elementari, sulla base di un rapporto aritmetico tra il valore complessivo del mutuo e il valore nominale dei singoli segmenti, il cui insieme costituisce il mutuo, nella prospettiva di incorporare questi segmenti in un titolo di credito.

**Mentre l’azione non è un titolo di credito, l’obbligazione lo è certamente**, quindi la presenza di una forma classica di titolo di credito, non solo nella prospettiva della sua circolazione, ma quanto nella sua essenza. **Tipicamente l’obbligazione è un titolo di credito letterale e astratto e trova applicazione l’art. 1993 c.**c. che invece non si applica nel caso delle azioni. Si ricorre al prestito obbligazionario per diverse ragioni, ad esempio perché non si riesce a trovare un finanziatore disposto a dare tutto il mutuo, quindi si fraziona l’intera operazione in tante parti che colloco ai diversi creditori che diventano obbligazionisti, ma anche perché i creditori, attraverso le obbligazioni, hanno una possibilità di mobilizzare più facilmente l’investimento, ricordando che l’obbligazione è un titolo di credito tipicamente al portatore, talvolta nominativo, quindi **circolano con la semplice consegna del titolo, rendendo il possessore materiale del titolo come possessore qualificato ai fini della prestazione incorporata nell’obbligazione.**

Anche con riferimento alle obbligazioni vale lo stesso discorso della **DEMATERIALIZZAZIONE** nel caso delle azioni, quindi è possibile che anche le obbligazioni siano dematerializzate, cioè riversate all’interno di un sistema di gestione accentrata e **ciò obbligatoriamente accade quando l’obbligazione è destinata ad essere quotata nei mercati regolamentati.**

Bisogna interrogarsi su due questioni:

1. A chi spetta il potere di emettere le obbligazioni?
2. Limiti all’emissione dell’obbligazione (art. 2412 c.c.); obbligazioni convertibili in azioni (art. 2430 c.c.); organizzazione degli obbligazionisti che ruota intorno all’assemblea art. 2415 c.c. (si rimanda al manuale).

**1)COMPETENZA AD EMETTERE LE OBBLIGAZIONI**

* **La competenza di default è propria degli amministratori**, quindi l’emissione del prestito obbligazionario è deliberato dagli amministratori stessi.
* Può essere una competenza spostata in capo **ai soci, cioè in capo all’assemblea,** quindi sarà l’assemblea ordinaria che delibera sul prestito obbligazionario.

Tuttavia, se non dovesse essere previsto lo spostamento di competenza in capo ai soci, questa competenza è degli amministratori che deliberano sull’emissione del prestito obbligazionario. L’uso del termine “deliberato” non è casuale, infatti la conseguenza pratica dell’uso di questo termine **è che l’organo amministrativo deve assumere la decisione di emettere obbligazioni in composizione COLLEGIALE.**

Il fatto che ci sia il termine **“deliberato” conferma la NON possibilità di delegare ad un amministratore o ad un comitato esecutivo,** l’emissione del prestito obbligazionario.

Di fatto la delega NON può esserci su questioni che attengono **la struttura organizzativa della società**, perché “emettere un prestito obbligazionario” significa modificare la struttura organizzativa della società, tipicamente **la struttura finanziaria** che uno degli aspetti della struttura organizzativa della società.

Di fatto è una competenza amministrativa che rimane in seno al consiglio e deve essere deliberata dal consiglio stesso. Fermo restando che la delibera è necessaria per ragioni anche di forma, nel senso che è la delibera di emissione delle obbligazioni richiede la forma dell’atto pubblico e va iscritta nel registro delle imprese (art. 2436), dalla quale iscrizione la delibera produce effettivi. Quindi questa delibera è **molto simile alla delibera di modifica dell’atto costitutivo** nella quale ci sono le stesse regole di forma e di pubblicità richieste per questo caso. Ciò a conferma del fatto che l’emissione di un prestito obbligazionario è una decisione che impatta sull’organizzazione della società.

**Il discorso è diverso nel caso delle OBBLIGAZIONI CONVERTIBILI in azioni**, perché non corrispondono solo all’emissione di un prestito obbligazionario, ma è **anche l’aumento del capitale sociale** a servizio del prestito obbligazionario. 🡪Quindi si deve deliberare l’emissione del prestito ma si deve anche deliberare l’aumento del capitale che sia a servizio del prestito obbligazionario, nel senso che l’obbligazionista convertibile, laddove converte la sua obbligazione, deve avere già le azioni pronte per sostituirle con le obbligazioni. **Quindi la competenza originariamente passa all’assemblea straordinaria che potrebbe delegare l’emissione di obbligazioni convertibili al consiglio di amministrazione sulla base di una delega.**

*Domanda*: “Si applica la stessa normativa nel caso di amministratore unico?” 🡪Nel caso di amministratore unico si pone il problema che egli non delibera e in questo caso la forma e la pubblicità vanno osservate e quindi una rappresentazione formale per atto pubblico della sua decisione ci deve essere per adempiere agli obblighi pubblicitari, ai fini di dare efficacia all’emissione delle obbligazioni. Bisogna tener presente che l’ipotesi in cui una spa deliberi un prestito obbligazionario e abbia un amministratore unico è più teorica che concreta.

*Domanda*: “Il rapporto sottostante all'emissione di obbligazioni è un rapporto di mutuo, suddiviso in tanti sotto-rapporti uguali tra loro. Si può affermare che il rapporto viene frazionato per due motivi: può essere calcolato per obbligazionisti differenti e poi il mutuante acquisisce uno strumento a vocazione circolatoria, cioè un titolo nominativo o al portatore che circola secondo le regole dei titoli di credito?” 🡪 Sì, da un lato c’è un problema di trovare facilmente i mutuanti e dall’altro c’è quello di agevolare i mutuanti nel momento in cui voglio dismettere l’investimento facendo circolare la partecipazione.

Domanda: La clausola di intrasferibilità per mortis causa è l’unico caso in cui **non** subentrano gli eredi? 🡪No, anche quando c’è una clausola di gradimento o una prelazione (impropria) il problema si pone ugualmente. Il gradimento potrebbe non essere soddisfatto dagli eredi, oppure la prelazione potrebbe precludere l’ingresso degli eredi se gli altri soci esercitano la prelazione.   
In tutti questi casi si porrà il problema di liquidare la quota del de cuius agli eredi.

**2)OBBLIGAZIONI CONVERTIBILI**

Riprendendo il discorso riguardo le obbligazioni convertibili in azioni, va ricordato che **la competenza viene spostata sull’assemblea straordinaria,** perché serve la modifica dell’atto costitutivo con aumento del capitale sociale. Se il capitale sociale risulta ancora non liberato, residuando dei conferimenti in denaro, questa operazione non può essere fatta. **Inoltre, l’aumento del capitale sociale per obbligazioni convertibili è l’unica ipotesi di aumento che è ex lege scindibile,** perché in questo caso l’aumento dovrà essere realizzato nella misura in cui un altro obbligazionista esercita la conversione (l’obbligazionista non è obbligato a convertire).   
Per coloro che esercitano, il titolo deve essere sostituito con l’azione, quindi l’aumento in questa evenienza deve risultare un aumento scindibile (cioè parziario), **normalmente l’aumento avviene due volte nel corso dell’anno, ogni semestre,** si procede ad aumentare il capitale in base agli obbligazionisti che hanno effettuato la conversione. Questa operazione di aumento del capitale presuppone che le obbligazioni vengano date in offerta agli azionisti, i quali possono esercitare o meno l’opzione.   
**Nel caso invece si voglia emettere il prestito in deroga al diritto di opzione vale la disciplina dell’art 2441 ai commi 4,5,6.**

🡪 L’obbligazione convertibile presenta un requisito rappresentato dal rapporto di conversione, cioè il **RAPPORTO DI CAMBIO**, che dev’essere indicato sul titolo obbligazionario, stabilendo **quante obbligazioni devono essere date per avere in cambio un certo numero di azioni.**   
Questo rapporto di cambio è tutelato da parte del dato normativo all’art **2420 bis quarto comma**, precludendo alcune operazioni societarie in pendenza del prestito obbligazionario.   
Quando aumento gratuitamente il capitale o riduco per causa di perdite, quindi opero in via nominale, in questo caso bisogna modificare in proporzione il rapporto di cambio, comma 5.

🡪 Con riferimento al prestito convertibile, è discusso l’ambito di applicazione della norma. **Si discute e si ritiene applicabile questa norma anche quando vengono emesse delle obbligazioni CUM WARRANT.** Uno strumento finanziario ulteriore rispetto quello obbligazionario che contiene il diritto di opzione con riferimento ad aumenti di capitale sociale successivamente deliberati. Il warrant contiene un anticipo circa l’esercizio dell’opzione in talune circostanze. È come se i soci reificassero il diritto di opzione incorporandolo all’interno del warrant, spesso nella pratica viene emesso assieme alle obbligazioni.

Il warrant è uno **strumento che opera in maniera autonoma rispetto l’obbligazione**, quindi posso decidere di tenermi l’obbligazione e vendere il warrant o viceversa, vengono venduti in maniera congiunta ma poi si esercitano in maniera autonoma.

🡪 Per le **obbligazioni convertibili INDIRETTE**, cioè su azioni di altra società, questo non accade: ad esempio, la capogruppo emette obbligazioni convertibili in azioni di altra società. La disciplina in questo caso non è quella del prestito obbligazionario convertibile. Questo accade anche quando la conversione avviene su azioni che la società ha già nel suo portafoglio (azioni proprie).

**3)I LIMITI LEGALI ALL’EMISSIONE DI OBBLIGAZIONI (2412)**

Tornando alle obbligazioni non convertibili (ovvero alle obbligazioni ordinarie), si pone il secondo problema relativo al limite dell’emissione.   
**Esiste un limite al quale la società deve sottostare nell’emettere le obbligazioni.**🡪Troviamo la fattispecie disciplinata all’art **2412 cc.** 🡪 ***la società può emettere obbligazioni al portatore o nominative per una somma complessivamente non eccedente il doppio del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili risultati dall’ultimo bilancio di esercizio****.*

🡪Per fissare il limite, indicato al primo comma, sono elencate delle specifiche voci di PN che devono essere considerate.

Il riferimento alle **RISERVE DISPONIBILI** può rappresentare un problema: quali non vanno considerate? Questo concetto della riserva disponibile è un concetto che presenta **problemi nell’ambito delle società lucrative.**

La riserva è disponibile quando può essere attribuita ai soci durante la vita della società o quantomeno alla fine, quindi in una società lucrativa in questa ottica tutte le riserve sono disponibili. Una riserva può **non** essere disponibile perché contempla un utile di esercizio che non può venir distribuito per esempio per ragioni fiscali, utili in sospensione d’imposta. Oppure una società che utilizza un sistema contabile secondo i principi internazionali, secondo cui una parte degli utili va accantonata a riserva in quanto non distribuibili (ottenuti valutando a FV determinate voci dell’attivo), anche questa può essere considerata una riserva non disponibile e quindi potenzialmente non valutabile per il calcolo dell’emissione.   
Ma il prof non sa se siano davvero riserve non disponibili, perché comunque se la società si scioglie queste riserve vanno in fin dei conti ai soci.

**Questa norma in realtà trova concreta applicazione nelle società in cui ci sono tecnicamente delle riserve indisponibili, e queste sono le società a scopo diverso da quello di lucro, in particolare le società cooperative o eventualmente quelle consortili**. Soprattutto nel caso delle società cooperative a mutualità prevalente, la gran parte degli utili deve essere accantonata a riserve e alla fine della società queste sono etero destinate, quindi destinate ai fondi mutualistici per lo sviluppo della cooperazione, destinati a terzi.

**🡪 Troviamo, al quarto comma una modifica**🡪 in particolare dal limite indicato al comma 1, *devo sottrarre (scomputare) eventuali garanzie che ho rilasciato per l’emissione di obbligazioni di altre società, tipicamente riferibili al gruppo. La capogruppo rilascia una fideiussione o un patronage a garanzia delle obbligazioni emesse dalle società controllate sia italiane sia estere.* La norma è stata inserita un po’ come risposta non molto efficace, alle tristi vicende che si sono generate per il crack di Cirio SPA che aveva garantito prestiti obbligazionari alle società estranee al perimetro del gruppo.

🡪 **Come faccio a calcolare il limite all’emissione?** 🡪 Il primo comma mi dice di guardare **l’ultimo bilancio d’esercizio approvato**. Si ritiene abbastanza pacificamente che l’ultimo bilancio possa essere sostituito anche da un **bilancio infra-annuale**, cioè un bilancio redatto ad hoc per l’emissione del prestito. Redigo un bilancio di questo tipo nel caso in cui ho fatto un aumento di capitale sociale o incremento di PN e voglio sfruttare questo incremento che non risulta dal bilancio di esercizio. Il punto controverso invece è se il bilancio d’esercizio debba essere sostituito quando la società ha prodotto delle perdite, cioè se la società ha un PN di 1000 e nel corso dell’anno ha subito delle perdite anche se non ancora accertate nel bilancio d’esercizio (PN inferiore), ci si chiede se il passaggio infra-annuale debba esser fatto oppure rimane nella pura discrezionalità dell’organo amministrativo.

**Eccezioni al limite**

**ART 2412🡪 *la società può emettere obbligazioni al portatore o nominative per una somma complessivamente non eccedente il doppio del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili risultati dall’ultimo bilancio di esercizio…SALVO: COMMA….***

Per quanto riguarda le eccezioni all’obbligo di rispetto del limite indicato al primo comma**, troviamo le fattispecie al comma 2, 3, 5, 6.**

🡪 Al terzo comma 🡪*troviamo il riferimento a obbligazioni garantite da ipoteca di primo grado su immobili di proprietà della società, sino a due terzi del valore degli immobili medesimi.*

🡪 Al sesto comma, 🡪*il governo o un’altra autorità governativa autorizza con provvedimento ad hoc la società ad emettere obbligazioni per somma superiore al limite*. È una deroga consentita da un provvedimento avente forza di legge, tipicamente un decreto-legge. Questa eventualità fino a poco tempo fa era teorica, tipica dei casi in cui l’emissione di obbligazioni in deroga veniva consentita per ragioni eccezionali, quali ad esempio una guerra. Ora invece questa deroga è molto più frequente, la troviamo nelle cosiddette “società che operano su progetto”, cioè società che operano con riferimento a grandi strutture tipo l’infrastruttura pubblica, tipicamente **progetti infrastrutturali di carattere pubblico.** Le società che ottengono la aggiudicazione della gara per effettuare l’opera pubblica spesso sono autorizzate a finanziarsi con questa deroga in quanto autorizzate ad hoc.   
In questo caso non è detto ci sia una garanzia statale, spesso non c’è, spesso questa deroga tucur viene consentita in ragione del particolare tipo di intervento che la società deve svolgere. Parliamo essenzialmente di project financing.   
**In particolare, per questo tipo di operazioni ci sono dei vincoli di destinazione delle risorse reperite,** rappresentati proprio dal veicolo societario. la società nasce con riferimento al progetto, dura fin tanto che il progetto non viene realizzato. È quanto sta accadendo con la Metro4 più o meno. È una deroga tipicamente in bianco, posso indebitarmi per quanto ho bisogno, e ovviamente questo bisogno poi viene commisurato in base alle specifiche del progetto.

Infine, è in discussione ora il codice degli appalti che prevede appunto la deroga, ci sono dei provvedimenti di controllo che vengono effettuati appunto per scagionare la corruzione/peculato.

🡪 Comma 2 e al comma 5 della norma in esame, *che se letti assieme fanno comprendere che una deroga al limite ci può essere in base al destinatario delle obbligazioni, cioè in base al tipo di soggetto che diventa obbligazionista della società.*

**🡪 Il co. 2 dell’art 2412** prende riferimento l’ipotesi in cui le obbligazioni eccedenti il limite siano sottoscritte, e quindi acquisite, da parte *di investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale e a norma di leggi speciali.*

Per capire chi sono questi soggetti il riferimento è **l’art. 31, co.2,** del Regolamento intermediari (e poi richiamato anche dall’art. 28 del Regolamento emittenti, entrambi provvedimenti normativi ad emissione di Consob), e nello specifico come ‘’soggetti a vigilanza prudenziale’’ *si intendono tipicamente le banche, le imprese di investimento, le fondazioni bancarie, le compagnie di assicurazione e, anche, le stesse società quotate. Vale a dire tutti quei soggetti che sono assoggettati a degli etero controlli, cioè dei controlli esterni di matrice pubblicistica, o per il tipo di attività svolta (banche, imprese di investimento, compagnie assicurative) o per il fatto che sollecitano interessi rappresentati dal risparmio (società quotate).*

Tutti questi soggetti possono sottoscrivere obbligazioni di una società in eccedenza al limite. Quindi, si tratta di obbligazioni che vengono emesse su un mercato primario che è rappresentato da questi investitori, i quali acquisiscono le obbligazioni emesse dalla società. La norma, però, impone (non impedisce ma tendenzialmente incentiva) anche in qualche modo che queste obbligazioni circolino sempre tra questi soggetti, e, quindi, anche il mercato secondario di queste obbligazioni sia di fatto costituito da investitori professionali sottoposti a vigilanza prudenziale. (Se si legge il co. 2 dell’art. 2412 ci si rende conto del fatto che se l’obbligazione esce al di fuori di soggetti che sono investitori professionali, l’investitore che ha venduto l’obbligazione (che ha fatto uscire l’obbligazione) ad un soggetto diverso da un investitore professionale diventa *ex lege* responsabile per la solvenza della società. In altri termini, l’obbligazionista può lamentare nei confronti dell’investitore istituzionale nell’ipotesi in cui la società emittente non riesca a pagare perché insolvente. Quindi, la norma non impedisce ma tendenzialmente incentiva il fatto che l’eventuale mercato secondario di queste obbligazioni in eccedenza sia sempre costituito da investitori professionali)

🡪**co. 5 dell’art. 2412**, che esclude il rispetto del limite nel caso in cui *le obbligazioni destinate ad essere quotate in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione ovvero di obbligazioni che danno il diritto di acquisire ovvero di sottoscrivere azioni(obbligazioni convertibili)*

Di massima se vengono emesse delle obbligazioni convertibili viene concessa libertà di farlo. Questa seconda deroga, ovvero quella sulle obbligazioni convertibili, ha una logica abbastanza evidente, in quanto tale tipologia di obbligazione presuppone in primis un’operazione di aumento del capitale sociale. Quindi, si tratta di debito ma che potenzialmente, almeno in parte, finisce ad equity, ovvero finisce a mezzi propri. Di fatto, anche per assecondare o per favorire delle esigenze finanziarie della società, è possibile emettere obbligazioni senza limiti ma a patto che le stesse siano convertibili, ovvero che consentano in qualche modo di tramutarsi in patrimonio netto. Si tratta, quindi, di una fattispecie in cui vi è una ragione per l’esenzione del limite. Al contrario, è difficile trovare una ragione per l’esenzione del limite per il semplice fatto che l’obbligazione è destinata al mercato regolamentato. Il motivo, ad esempio, potrebbe cogliersi in ragione del fatto che in Borsa normalmente si opera attraverso degli investitori professionali, e quindi di fatto per chi acquista delle obbligazioni quotate tale acquisto è come dire filtrato dell’investitore professionale. Oppure, è possibile trovare una logica nel fatto che chi emette degli strumenti finanziari quotati deve osservare dei tassi di trasparenza, ovvero degli adempimenti ad obblighi informativi, che dovrebbero permettere un investimento consapevole.

**ART 2413**

La norma successiva, art. **2413**, è diciamo strettamene connessa con quella precedente, in quanto ***preclude alla società di effettuare delle operazioni sul capitale, ovvero una riduzione volontaria del capitale sociale o una distribuzione di riserve (operazioni che mirano a ridurre il patrimonio netto), se queste operazioni rischiano di alterare il limite all’emissione di obbligazioni***.

Questo limite, ovvero due volte il capitale sociale, riserva legale e riserve disponibili, deve essere rispettato nel corso di tutto il prestito obbligazionario (art. 2413). Invece, se siamo in una circostanza in cui si deve ridurre il capitale sociale, e questo avviene a fronte di perdite, nel caso in cui si va al di sotto del limite all’emissione delle obbligazioni di fatto è preclusa la distribuzione dei successivi utili finché il limite del co. 1 dell’art. 2412 non viene in qualche modo ripristinato. Quindi, l’art. 2413 è una norma che un po’ completa quanto visto osservando l’art. 2412, co. 1 e co.4.

**SRL (TITOLI DI DEBITO, MINI-BOND, CAMBIALI FINANZIARIE)**

Nel caso di s.r.l. non ci spostiamo solo dal punto di vista del tipo ma anche dal punto di vista dello strumento con cui si può dar luogo a raccolta di capitale di credito.

La norma di riferimento nelle s.r.l. è l’art. **2483**, norma alquanto complessa che riguarda i cosiddetti **titoli di debito**. Questi titoli rappresentano, per l’appunto, quegli strumenti per la raccolta del capitale di credito in una s.r.l.

Già il nome di questi strumenti solleva qualche rischio di equivoco sulla corretta qualificazione degli stessi. I titoli di debito, in realtà, sono degli strumenti destrutturati, non vi è una fattispecie unitaria sul titolo di debito. Esso può essere un contratto, cioè un rapporto di finanziamento negoziato tra la società emittente e un solo finanziatore, ovvero possono essere degli strumenti molto simili al prestito obbligazionario. In altri termini, non vi è una regola con riferimento alla formazione di questi titoli di debito, che possono essere quindi confezionati secondo le esigenze della società emittente e il finanziatore (o finanziatori), in base al rapporto negoziale esistente tra gli stessi. **Quindi, l’autonomia privata nella formazione di questi strumenti è assolutamente massima, vi è massima libertà di creazione di questi strumenti.**

La motivazione deriva anche dal fatto che questi strumenti hanno gli stessi limiti di mercato visti con riferimento alle obbligazioni eccedenti al limite. 🡪Vale a dire che i titoli di debito hanno come mercato primario gli investitori professionali sottoposti a vigilanza prudenziale, e tendenzialmente devono essere mantenuti in un mercato secondario che pure è costituito da investitori professionali sottoposti a vigilanza prudenziale. E questo perché anche in questo caso, nella misura in cui il titolo di debito fuoriesca da questa cerchia di investitori, l’investitore che ha fatto uscire il titolo diventa *ex lege* responsabile per la solvenza della società emittente.

Vale questo anche nell’ipotesi in cui i titoli di debito vengano fatti oggetto di un’offerta pubblica di vendita per il tramite dei portali *crowfunding***.**

**MINI-BOND E CAMBIALE FINANZIARIA.**

Vi sono, poi, altri strumenti ulteriori rispetto al titolo di debito. Altro è, infatti, rispetto ai titoli di debito i **mini-bond,** che di fatto sono sostanzialmente delle obbligazioni e nel fatto di s.r.l. sono dei titoli di credito atipici praticamente sovrapponibili ai titoli di debito a cui fa riferimento l’art.2483.

Altro ancora è la **cambiale finanziaria.**

🡪I mini-bond e la cambiale finanziaria sono, quindi, degli ulteriori strumenti per la raccolta di capitale di credito che possono essere utilizzati dalla società di capitali. Una cosa che accomuna sicuramente questi due strumenti e i titoli di debito (anche nell’ipotesi in cui ci possa essere sovrapposizione tra titoli di debito e mini-bond, cioè nel caso in cui il titolo di debito ha la struttura di un prestito obbligazionario) deriva da un Regolamento attuativo, vale a dire si fa riferimento alla norma sulla raccolta del risparmio tra il pubblico che si trova all’art. **11 del TUB,** e l’attuazione di questa norma è affidato ad un Regolamento emesso da un comitato (CICR, Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio).

* Questo Regolamento stabilisce che per l’emissione di strumenti finanziari per la raccolta di capitale di credito diversi dalle obbligazioni di società per azioni nei limiti della disciplina codicistica del prestito obbligazionario, **tali strumenti diversi hanno il vincolo di taglio, cioè un TAGLIO MINIMO, che deve essere di 50.000€.** Vale a dire che è possibile emettere questi strumenti per cifre non inferiori a 50.000€. La ragione risiede nel fatto che si vuole tutelare l’acquirente di questi strumenti, ed elevando il taglio di tali strumenti di fatto non tutti possono permettersi di effettuare investimenti sugli stessi. Vi è di fatto una selezione riservando questi strumenti ad un risparmio che si il più possibile consapevole.
* La disciplina dei mini-bond e delle cambiali finanziarie la si trova **nel D.L. n. 83/2012., art. 32**. 🡪 Anzitutto, **l’emissione di questi strumenti richiede uno SPONSOR.** Vale a dire da un lato questi strumenti devono essere emessi all’indirizzo dei soliti investitori professionali, dall’altro ci vuole anche uno sponsor, cioè un intermediario finanziario che garantisca sulla bontà dell’investimento.
* Vi sono, poi, anche dei **VINCOLI DI PORTAFOGLIO** per questi strumenti, nel senso che gli investitori che sottoscrivono tali strumenti sono obbligati a mantenerne almeno una parte nel loro portafoglio (parti variabili in base all’entità dell’emissione degli strumenti). Questo vincolo di portafoglio può eventualmente essere superato nel caso in cui questi strumenti siano emessi da società che non rientrano nelle PMI.

**STRUMENTI FINANZIARI IBRIDI (o ATIPICI):**

Tale disciplina si applica totalmente alla Società per Azioni e solo in parte alla Società a Responsabilità limitata, nella misura in cui essa sia una start-up innovativa ai sensi dell’articolo 26 a proposito delle **S.R.L PMI, dove invece NON viene applicata**.

L’oggetto in esame riguarda la possibilità di finanziarsi emettendo strumenti finanziari atipici (o ibridi), diversi rispetto alle azioni e le obbligazioni. Si fa riferimento a diverse norme per la disciplina:

**I. 2346 c.c. co 6**

**II. 2349 c.c. co 2**

**III. 2351 c.c. co 5**

**IV. 2376 c.c.**

**V. 2411 c.c. co 3**

**Possono essere emessi da una società azionaria come corrispettivo di un’operazione di finanziamento** **ed anche da una Srl nella misura in cui essa sia una start-up innovativa.**

Il motivo alla base di tale emissione possiamo trovarlo al comma 6 dell’articolo 2346: Questi strumenti sono stati pensati nella prospettiva di consentire la società di acquisire delle entità che non sono passibili di conferimento, e viene infatti menzionata l’opera ed il servizio, che normalmente non potrebbe essere inserito in conferimento.

Si può quindi parlare di una **terza possibilità di acquisizione in alternativa** alle azioni con prestazione accessorie e il conferimento atipico caratterizzato dalla non proporzionalità dell’assegnazione.

Colui che acquisisce lo strumento finanziario a seguito **DELL’IMPEGNO** (Ad esempio: Prestazione del proprio servizio professionale) **NON diventa socio**, **o se è già socio manterrà lo status di socio e diverrà altro tipo di finanziatore.** (Lo status che si acquisisce in contropartita allo strumento finanziario non è quello del socio.)

Se si va a guardare la prassi in senso pratico questi strumenti finanziari vengono generalmente emessi a fronte di apporti monetari, ed è raro, invece, che venga usato per entità non conferibili. Posto che, come già sappiamo, se c’è un obbligo di restituzione l’operazione è qualificabile come debito per la società e staremo generalmente parlando di obbligazione, mentre se, invece, non fosse presente questa operazione sarebbe di equity e la società sta acquisendo mezzi propri attraverso delle azioni. L’emissione di strumenti finanziari deve seguire una delle due strade sopra riportate, a seconda della presenza o meno dell’obbligo di restituzione.

**Ma qual è l’elemento di differenza che caratterizza questi strumenti rispetto a quelli tipici** (obbligazioni, titoli di debito, mini-bond e cambiali finanziarie)?

La differenza riguarda **la modalità con cui è “confezionato” il rendimento dell’operazione finanziaria:**

- **Per esempio, nel caso di risorse fornite a capitale proprio posso avere svariate possibilità:**

1. remunerato da un tasso fisso di interesse calcolato sull’apporto,
2. remunerazioni sempre fisse ma condizionate alla chiusura in positivo di bilancio.
3. remunerazione fissa ma mista, in parte collegata al tasso di interesse in parte rappresentata dalla partecipazione agli utili.

Stesso discorso se **l’operazione di finanziamento sia a titolo di debito e sia previsto un obbligo di restituzione:**

1. remunerazione rappresentata dalla partecipazione agli utili;
2. remunerazione miste: in parte dagli utili in parte dagli interessi
3. qui NON potrò avere remunerazione esclusivamente rappresentata dal tasso di interesse perché altrimenti tale strumento finanziario sarebbe un prestito obbligazionario, ma si differenzia, appunto, per come viene stabilita la remunerazione del finanziamento effettuato alla società. La figura di questo finanziatore è quella di un soggetto che vuole avvicinarsi ad una data società ma non è ancora pienamente sicuro della posizione che vorrà ricoprire (Creditore/socio) per comprendere le cose come vanno all’interno della società stessa.

Come abbiamo inizialmente detto sono varie le norme che menzionano la possibilità di emissione di questi strumenti. **È importante quindi comprendere se tali norme funzionano in maniera complementare l’una con le altre o in maniera alternativa??** (e quindi si deve comprendere quale sia il criterio per cui si scelga l’applicazione di una piuttosto che di un’altra).

**🡪 Si propende (ed il professore concorda con questa visione) più verso la seconda MANIERA** **ALTERNATIVA:** Per un verso ci sono le norme contenute nella sezione delle obbligazione ( 2346 c.c. co 6, 2351 c.c. co 5 e 2376 c.c.) per altro verso c’è il 2411 c.c. co 3 che richiama tutta la sezione delle obbligazioni rendendola applicabile agli strumenti finanziari. Il problema è che la disciplina delle obbligazioni e quella delle azioni non possono essere complementari e quindi troverà applicazione solo una delle due. La domanda da porsi è quindi quando gli strumenti finanziari vengono regolati da una disciplina o dall’altra??

* Le norme sulle **AZIONI**🡪 trovano applicazione sugli strumenti finanziari **quando quest’ultimi sono stati emessi a fronte di un’operazione di finanziamento a titolo di capitale proprio, senza quindi l’obbligo di restituzione per il finanziatore.** In particolare, si trova riferimento normativo nel 2346 sesto comma, 2349 secondo comma, 2351 quinto comma, 2356 c.c.

In questa casistica e solo in questo caso si può prevedere all’interno di questi strumenti finanziari dei diritti amministrativi, tipicamente posseduti dai soci, come può essere ad esempio il diritto alla nomina di un componente dell’organo amministrativo o dell’organo di sorveglianza. È possibile prevedere anche che questi strumenti finanziari abbiano diritto di voto su alcune questioni. A questi strumenti si applica la disciplina delle assemblee speciali, come abbiamo visto per le categorie di azioni.

* Viceversa, se questi strumenti sono stati emessi come **OBBLIGAZIONE**🡪**prevedono un obbligo di restituzione.** In questo caso devo fare riferimento, ad esempio, alla possibilità di emissione di tali strumenti nei limiti del 2412 c.c. oppure che si debba prevedere un’assemblea come quella degli obbligazionisti. In questo secondo caso non è possibile però inserire diritti partecipativi nello strumento finanziario, come la nomina di vari soggetti o diritti di voto.

Ricapitolando:

gli strumenti finanziari atipici non conferiscono lo status di socio.

La disciplina applicabile può legarsi a quella delle azioni o a quella delle obbligazioni (in maniera alternativa).

Se si applica la disciplina delle azioni🡪 questi strumenti sono emessi a fronte di un finanziamento a titolo di capitale (senza obbligo di restituzione) e concede determinati diritti.

Se si applica la disciplina delle obbligazioni 🡪questi strumenti sono emessi a fronte di un finanziamento a titolo di debito (con obbligo di restituzione) e NON concede i diritti riferibili alla disciplina azionaria.

**LEZIONE 15 (13 e 14 era vacanza) 20/04/2021**

**ASSEMBLEA nella SPA**

***Competenze dei soci, rapporti tra soci e amministratori, a chi spettano le decisioni***

In realtà**, la competenza dei soci è una competenza stabilita dal dato normativo e può eventualmente essere limitata da quanto previsto nello statuto.** Tale limite, previsto dallo statuto, è concesso dalla legge.

Quindi si tratta di una competenza in qualche modo circoscritta, cioè non è una competenza ampia:

i soci NON possono decidere cioè che vogliono, i soci decidono sulle questioni che la legge/statuto attribuisce alla competenza dei medesimi, laddove lo statuto può farlo purché glielo consente la legge.

🡪 Quindi LA COMPETENZA DEI SOCI è una ***competenza tipica***, infatti le questioni riservate ai soci sono da considerarsi “tipizzate”.

🡪invece le COMPETENZE DELL’ORGANO AMMINISTRATIVO sono ***competenze residuali***, l’organo amministrativo tendenzialmente decide laddove la questione è sottratta alla competenza dei soci.

Per quanto riguarda la competenza dei soci nell’ambito delle Spa, il primo aspetto da analizzare riguarda la **distinzione tra la c.d. ASSEMBLEA STRAORDINARIA E ASSEMBLEA ORDINARIA:**

**La DISTINZIONE NORMATIVA**

**L’assemblea** è un organo unico, che può operare come assemblea straordinaria o come assemblea ordinaria, a seconda delle questioni per le quali l’assemblea è chiamata a deliberare.

Ci sono alcune questioni che sono rimesse alla competenza dell’assemblea straordinaria, cioè vuol dire che dal punto di vista della disciplina applicabile a quella assemblea si applicano le regole dell’**assemblea straordinaria**.

Altre questioni invece sono di competenza dell’assemblea ordinaria, cioè vuol dire i soci decidono applicando a quella assemblea la disciplina dell’assemblea ordinaria.

Quindi la distinzione tra **assemblea straordinaria** e **assemblea ordinaria** **non è una distinzione di organo, ma è una distinzione normativa:** l’organo (assemblea) è unico, solo che è disciplinato diversamente, a seconda che il medesimo organo operi nella composizione di assemblea straordinaria ovvero nella composizione di assemblea ordinaria.

La distinzione tra le due ipotesi di funzionamento dell’assemblea è una distinzione che si fonda anzitutto sulle questioni sulle quali l’assemblea è chiamata a deliberare.

* **ASSEMBLEA STRAORDINARIA**

**Ha una competenza circoscritta** (molto circoscritta) soltanto ad alcune materie, indicate al primo comma dell’**art. 2365** (Assemblea straordinaria)ed essenzialmente sono due materie.

🡪 Prima materia: **le modifiche dell’atto costitutivo dello statuto**, quindi laddove devo modificare in qualche modo l’atto costitutivo o lo statuto, lo faccio tramite l’assemblea che opera in composizione straordinaria

🡪 Seconda materia: che è tipicamente italiana, è attribuita ai soci la competenza di **decidere sulla messa di liquidazione della società**, e, soprattutto, **sulla nomina dei liquidatori,** che in Italia deve essere effettuata quando la società è messa in stato di liquidazione. La funzione dei liquidatori non è effettuata dagli amministratori in carica (non c’è un “automatico” passaggio tra le due figure, amministratori e liquidatori), come accade in altri ordinamenti, ma i liquidatori devono essere appositamente nominati quando la società è messa in stato di liquidazione. Anche questo rientra nella competenza assembleare (quindi decidono sempre i soci) svolta nella forma dell’assemblea straordinaria.

🡪 Altre materie espressamente attribuite dalla legge alla competenza dell’**assemblea straordinaria**: *espressamente attribuite*,cioèvuol dire che la legge DEVE SPECIFICATAMENTE rimettere alle competenze dell’**assemblea straordinaria** una questione.

Quindi perché l’assemblea possa operare con la composizione straordinaria deve esserci un’esplicita ovvero un’espressa disposizione normativa che lo permetta, perché un **generico** riferimento all’assemblea **non** basta per attribuire la competenza all’**assemblea straordinaria.**

Un generico riferimento all’assemblea è da intendersi come assemblea ordinaria.

L’ Assemblea opera in “modalità” **straordinaria** ***soltanto se ciò è espressamente richiamato dal dato normativo.***

Se la legge o lo statuto attribuisce alla competenza all’assemblea un determinato argomento, senza specificare se si tratti di “ordinaria” o “straordinaria”, questa assemblea nel silenzio del dato normativo è da intendersi come assemblea ordinaria.

*Deve specificatemanete rimettere determinate questioni all’assemblea straordinaria:*

ES: Questo accade, per esempio, qualora la società debba decidere qualcosa in merito all’assistenza finanziaria, ai sensi dell’**art. 2358, c.2** (“Tali operazioni sono preventivamente autorizzate dall'assemblea straordinaria”.)

**🡪 Art. 2358** disciplina ***l’assistenza finanziaria*.**

Cosa vuol dire? Vuol dire che si tratta di *operazioni con cui la società finanzia un soggetto per acquistare o per sottoscrivere le emissioni di azioni*. Quindi la società fornisce i mezzi finanziari o garantisce l’acquisizione di questi mezzi finanziari utilizzati per comprare le azioni della stessa società ovvero per sottoscrivere le azioni emesse in caso di aumento di capitale sociale. Le operazioni di questo tipo non possono realizzarsi se non sono autorizzate dall’assemblea straordinaria

**🡪 Art. 2365 comma 2**, contiene una *serie di questioni che rappresentano dei casi particolari di modificazioni dello statuto.* Esse sono le modifiche dello statuto che lo statuto medesimo con una apposita clausola può attribuire alla competenza degli amministratori.

E’, un po’, come se lo statuto delegasse agli amministratori la decisione su alcune modifiche dell’atto costitutivo, che altrimenti dovrebbero essere rimesse alla competenza dell’assemblea straordinaria.

Per esempio.

* le ipotesi in cui si devono decidere delle fusioni semplificate (**art. 2505-2505-bis (fusione)),**
* l’istituzione o la soppressione di sedi secondarie,
* oppure la riduzione del capitale sociale in caso di recesso di socio
* oppure gli adeguamenti dello statuto alle disposizioni normative.

**Tutte queste operazioni, pur essendo modifiche dello statuto, con clausola statutaria possono essere sottratte all’assemblea straordinaria e attribuite alla competenza dell’organo amministrativo.**

🡪 I soci possono delegare agli amministratori la decisione di alcune modifiche statutarie con clausola contenuta nello statuto.

🡪 Questa delega si aggiunge ad un’altra delega, cioè la delega sull’aumento del capitale sociale o sull’emissione di obbligazioni convertibili nell’azioni; anche qui, di fatto, è una modifica statutaria, quindi, rientrante “teoricamente” nelle competenze dell’assemblea straordinaria, ma che lo statuto può eventualmente attribuire alla competenza degli amministratori.

Per la verità, la delega all’organo amministrativo, riguardante l’aumento del capitale sociale o l’emissione o di un prestito convertibile, può essere conferita con specifica delibera di assemblea sempre **straordinaria**.

* ASSEMBLEA ORDINARIA

**in questo caso il dato normativo distingue l’ipotesi in cui la società abbia o meno un consiglio di sorveglianza e di conseguenza adotti una determinata governance:**

1. **abbia il CONSIGLIO DI SORVEGLIANZA (Art.2364-bis) 🡪 GOVERNANCE DUALISTICA**
2. **ipotesi in cui la società NON abbia il consiglio di sorveglianza. 🡪 GOVERNANCE MONISTICA/TRADIZIONALE**

**GOVERNANCE DUALISTICA**

**L’ASSEMBLEA ORDINARIA** di una società dualistica:

* è caratterizzata dal fatto che da vita ad un CONSIGLIO DI SORVEGLIANZA

ed essa stessa decide SU:

* la nomina e la revoca dei consiglieri di sorveglianza e la determinazione del relativo compenso
* la decisione sulla responsabilità dei consiglieri di sorveglianza,
* la decisione sulla distribuzione dei utili e la decisione eventualmente del soggetto al quale affidare la revisione contabile della società (quindi, soggetto esterno a cui affidare la revisione contabile della società).

**Il Consiglio di sorveglianza,** invece, è competente a decidere su determinate questioni le quali sarebbero “normalmente” rimesse alla assemblea ordinaria:

* nomina i componenti di consiglio di gestione
* valutarne il comportamento
* approvare il bilancio di esercizio (che dovrà essere approvato dall’assemblea ordinaria)

**Quindi, in una società dualistica, di fatto, alcune competenze che spettano ai soci nelle società aventi una governance diversa (“tradizionale” ovvero “monistica”), sono attribuite al consiglio di sorveglianza, svuotando in qualche modo l’assemblea**

**LA RAGIONE** alla base dell’esistenza di tale organo **risiede nella visione che si ha del socio**. Infatti lo stesso viene visto semplicemente come un finanziatore, portatore di capitale, non in grado di assumere determinate decisioni. Tali decisioni sono quelle appunto rimesse al consigliio di sorveglianza.

**GOVERNANCE TRADIZIONALE O MONISTICA**

Invece nel caso di una società con **governance tradizionale** o **governance monistica**, la società **NON ha il consiglio di sorveglianza**.

Quindi non c’è questo diaframma intermedio tra la base sociale e l’organo amministrativo-operativo, qui i soci mantengono le prerogative decisionali che sono tipiche dei soci.

I soci cosa fanno in assemblea ordinaria?

* **NOMINANO** gli amministratori,

3 MOMENTI in cui i spci valutano l’operato degli amministratori:

* **REVOCANO** amministratori 🡪 La revoca è lo strumento attraverso il quale i soci possono esercitare un controllo, seppure indiretto, sull’operato degli amministratori.

PS: **La revoca può essere anche:**

* **AD NUTUM** (senza ragione), in quanto i soci potrebbero anche non essere contenti del modo con cui gli amministratori stanno gestendo.
* **PER GIUSTA CAUSA**: ad esempio lo è la mala-gestio (inadempimenti di uno o più obblighi che rientrano nella competenza degli amministratori).Quindi sarà una revoca per giusta causa in reazione agli eventuali inadempimenti degli amministratori.

Si porrà un problema in relazione al risarcimento del danno per assenza di giusta causa, tuttavia sarà un problema differente. Tale risarcimento del danno verrà quantificato nel riconoscimento parziale del compenso che era stato pattuito con l’amministratore, ma l’amministratore può sempre essere rimosso su decisione dei soci, a prescindere anche dal possibile danno d’immagine (che non essendo un danno patrimoniale andrebbe provato nello specifico…e comunque chissene)

* Oltre a quest’azione (cioè la revoca), i soci possono “controllare” gli amministratori, solamente, tramite **L’AZIONE DI RESPONSABILITA** nei confronti degli amministratori, che deve essere presa **dall’assemblea ordinaria.**
* Il terzo momento di controllo (dopo la revoca e l’azione di responsabilità) dei soci nei confronti dell’organo amministrativo è rappresentato dall’ **APPROVAZIONE DEL BILANCIO DI ESERCIZIO🡪** gli amministratori sottopongono ai soci il progetto di bilancio e i soci valutano il progetto, provvedendo o meno all’approvazione del bilancio.
* Essa poi approva l’eventuale regolamento per i lavori assembleari, cioè si stabiliscono e si disciplinano con questo documento (ovvero il regolamento, che è un documento prettamente EXTRA-STATUTARIO, è solo eventuale la presenza di tale regolamento)**LE VARIE FASI CON LE QUALI SI SVOLGE IL PROCEDIMENTO ASSEMBLEARE** (es: quanto può durare un intervento di uno dei soci nel dibattito assembleare, oppure la tempistica entro il quale il verbale deve essere prodotto a conclusione dei lavori assembleari).

🡪 Con il documento che disciplina lo svolgimento assembleare, vengono stabilite le regole da osservare. 🡪 Quindi ci sarà qualcuno che dovrà osservare che tali regole vengano rispettate e questo qualcuno è rappresentato dal PRESIDENTE DELL’ASSEMBLEA🡪che sarà responsabile di un’eventuale violazione di questo regolamento.

N.B LA VIOLAZIONE del regolamento assembleare non è una violazione di STATUTO, quindi espone solo a **conseguenze di tipo risarcitorio o di tipo obbligatorio**, quindi eventualmente il presidente sarà chiamato a rispondere dei danni che sono stati cagionati dalla violazione del regolamento.

Ma la delibera che risulta dall’assemblea NON è PASSIBILE DI, in quanto l’invalidità scatta quando viene violata la legge o lo statuto, e non il regolamento.

(Infatti il regolamento contiene delle regole di specificazione del procedimento assembleare, che obbliga il presidente alla sua osservanza, ma una sua inosservanza non si riflette sul piano dell’invalidità assembleare della delibera)

Una logica simile è quella dei patti parasociali (contiene regole comportamentali ma non è legge)

* Vi è un’ultima competenza, ovvero **LA DELIBERA SUGLI ALTRI OGGETTI ATTRIBUITI DALLA LEGGE ALLA COMPETENZA DELL’ASSEMBLEA**

🡪Il caso in cui ciò si verifica è rappresentato

* **dall’autorizzazione per l’acquisto per le azioni proprie**,
* **operazioni d’assistenza**
* **operazioni per contrastare l’offerta pubblica**

Questa competenza essendo genericamente riferita all’assemblea è una competenza da attribuirsi all’assemblea ORDINARIA.

**Questa norma stabilisce sinteticamente che lo statuto di una SPA può investire l’assemblea ordinaria degli amministratori, al rilascio di autorizzazioni sugli atti degli amministratori,e quindi introdurre in via statuaria dei POTERI AUTORIZZATIVI= potere di veto ( NON POTERE DI DECIDERE) in capo ai SOCI.**

**🡪 (i soci autorizzano gli amministratori a fare qualcosa,nei casi previsti dallo statuto. L’operazione dunque rimane comunque competenza dell’organo amministrativo la quale è subordinata all’autorizzazione dell’assemblea)**

**🡪 Tuttavia, in tal caso, resta ferma la responsabilità in capo agli amministratori**

Es: Gli amministratori vogliono fare degli investimenti immobiliari particolarmente importanti, e qui lo statuto può prevedere che gli investimenti immobiliari eccedenti i 5 mln vengano autorizzati dall’assemblea dei soci, oppure, più frequentemente, la clausola statutaria attribuisce ai soci il potere di autorizzare gli amministratori quando devono comprare o vendere determinate partecipazioni sociali.

🡪 **l’autorizzazione va SEMPRE DETTAGLIATA**, se generica è nulla ( non posso dare un autorizzazine a tutto ma se la do per una specificA CAUSA IMMOBLIARE (es sopra) allora la do solo per quello e non per tutte le cause immobiliari). Ha una durata quindi circoscritta all’operazione oggetto dell’autorizzazione. Per quanto riguarda le operazioni su azioni prorpie genericamente ha una durata di 5 anni

🡪 **se i soci NON autorizzano**🡪 c’è inerzia ma non può essere lamentata attraverso l’esercizio di un azione di reponsabilità.

* **LO STATUTO POTREBBE EVENTUALMENTE ATTRIBUIRE COMPETENZE GESTORIE AI SOCI**?

(unico caso nella situazione in cui si debbano fare investimenti o partecipazioni in altre imprese)

🡪 cioè delle vere e proprie competenze, il potere di decidere se comprare un’immobile, se vendere delle partecipazioni sociali, cioè è possibile **sottrarre delle competenze gestorie dall’organo amministrativo e spostarle ai soci cioè all’assemblea? 🡪 NOOOOOO, MA…**

No, è negativa la risposta sotto questo profilo, cioè l’autonomia statutaria non può spingersi oltre le autorizzazioni, cioè non può inserire all’interno dello statuto delle competenze piene su materie gestorie

🡪PERCHE?

Perché di fatto esiste un principio prodotto nella riforma del diritto societario del 2003, che troviamo all’articolo **2380 bis del c.c.: PRINCIPIO DI COMPETENZA ESCLUSIVA DELLA GESTIONE IN CAPO ALL’ORGANO AMMINISTRATIVO** 🡪 *agli amministratori spetta esclusivamente la gestione dell’impresa, si impedisce quindi la possibilità per lo statuto di attribuire ai soci delle competenze gestorie.*

PERÓ

Prof è in disaccordo con l’autore del manuale, di fatto è vero che lo statuto non può attribuire delle competenze, **MA LA LEGGE PUO FARLO**, cioè esistono dei casi in cui la legge attribuisce all’assemblea non autorizzazioni ma delle competenze di carattere gestorie qui non è lo statuto che lo fa, eventualmente lo statuto sfrutta una norma di legge oppure la stessa norma di legge che attribuisce la competenza in capo ai soci.

🡪 ad ESEMPO:

C’è **UNA DECISIONE GESTORIA CHE SPETTA ALL’ASSEMBLEA INDIPENDENTEMENTE DALLA PREVISIONE TRIBUTARIA** e questa decisione la troviamo in una norma molto importante, contenuta nell’art **2361 secondo comma del cc** 🡪 riguarda la

***Possibilità, di comprare di fare investimenti in partecipazioni in altre imprese***

Nel primo comma dell’art.2361 🡪 viene disposto un divieto assoluto ad assumere partecipazioni in altre imprese che, se per misura o per oggetto, comportano una sostanziale modifica dell’oggetto sociale.

(ES: Quando una società ha un certo oggetto sociale ad un certo punto decide di monetizzare la sua azienda e di investire il ricavato nell’acquisto di partecipazioni sociali, quindi la società che da operativa sostanzialmente diventa una holding🡪 alterazione oggetto sociale)

Nel secondo comma dell’art 2361 🡪 che riguarda il caso in cui la società intenda assumere delle partecipazioni d’imprese a responsabilità illimitata, cioè l’ipotesi in cui la società intenda fare un investimento.

🡪 Il caso classico in cui ciò si realizza, è quando una società compra una partecipazione in una società in nome collettivo, e indipendentemente dal valore della partecipazione, essa dà come conseguenza una responsabilità illimitata per la società socia che investe anche 1 euro in nome collettivo. 🡪La responsabilità è valida per tutte le obbligazioni non solo quelle che sorgono quando si entra nella società.

🡪 stesso discorso vale quando la società diventa socio accomandatario, non c’è responsabilità illimitata, ma la qualifica di socio accomandatario della sas ne consegue che rispondo per tutte le obbligazioni della sas;🡪 responsabilità solo per le obbligazioni da quando entra a farne parte

Qui la competenza è piena ed attribuita all’assemblea ORDINARIA, ciò dal punto di vista pratico vuol dire che 🡪 se l’assemblea delibera l’acquisto della partecipazione, gli amministratori non possono decidere se fare o meno l’operazione, gli amministratori devono eseguire la delibera assembleare, salvo che l’esecuzione non comporti un danno per la società.

* Secondo quale ratio viene disposta questa attribuzione all’assemblea (comma 2 art 2361) ?
* Perché gli amministratori non potrebbero decidere loro di comprare o investire in una SNC?
* Perché la responsabilità illimitata ricade sulla società e quindi la società con il suo patrimonio risponderà per tutte le obbligazioni della società partecipata?

🡪 Ciò comporta che i soci non sono toccati, o meglio lo sono indirettamente .

E quindi è come se queste operazioni esponessero la società ad un duplice rischio d’impresa (aumenta):

1. Il rischio d’impresa dell’impresa svolta dalla società.
2. Il rischio d’impresa della società partecipata. (introdotto con questa nuova partecipazione)

Quindi i soci è come se facessero un investimento per limitare il rischio d’impresa della società in cui per l appunto sono soci ma allo stesso tempo assumono il rischio d’impresa investendo in una partecipata.

(N.B)

E’ in discussione la ratio dell’art 2461 comma 2 sul se **sia una ragione eccezionale oppure una ragione di principio.**

(art🡪 CO 1: La responsabilità dei soci accomandatari verso i terzi è regolata dall'articolo [2304](https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quinto/titolo-v/capo-iii/art2304.html)

*CO 2: Il socio accomandatario che cessa dall'ufficio di amministratore non risponde per le obbligazioni della società sorte posteriormente all'iscrizione nel registro delle imprese della cessazione dall'ufficio)*

L’autore del nostro manuale ritiene che il **secondo comma dell’art 2461 sia eccezionale,** quindi la competenza assembleare riguarda lo specifico caso di acquisto di partecipazioni in imprese a responsabilità limitata.

Il prof crede che nel 2361 ci sia da riconoscere un principio, secondo cui, q**uando devi decidere qualcosa anche se gestorio, che comporta all’interno della società un rischio atipico**, anomalo, un rischio particolarmente diverso rispetto a quello che ragionevolmente i soci immaginavano, **tale decisione dovrebbe essere rimessa ai soci** stessi in funzione delle loro competenze.

(ES: quando si decide di ca,biare mercato ad esempio da quello europeo a quello asiatico e di conseguenza cambiano nettamente i rischio🡪 questa decisione, applicando l’art 2361 comma 2, dovrebbe essere del tutto rimessa ai soci)

Vi è la possibilità di ricavare una competenza legale ma implicita (no una competenza esplicita perché essa è attribuita alla partecipazione ad imprese a responsabilità limitata).

**LEZIONE 16 21/04/2020**

**ASSEMBLEA nelle SRL**

***Competenze dei soci, rapporti tra soci e amministratori, a chi spettano le decisioni***

In caso di S.r.l. **la norma di riferimento è l’articolo 2479** e leggendo questo articolo abbiamo una situazione opposta rispetto a quella codificata dal diritto azionario.

🡪 Le competenze dei soci, in una S.r.l., possono essere STABILITE DALLO STATUTO:

* su che cosa o cosa i soci decidono, cioè la competenza dei soci viene attribuita sulla base della norma statutaria.
* Qui si possono avere statuti generosi nei confronti dei soci, attribuendo anche materie di gestione, cosa NON possibile in una spa.

🡪 Si noti però che nella S.r.l. vi è **ASSENZA del principio di esclusiva gestione;** quello che risulta è che gli amministratori hanno competenza esclusiva a curare gli assetti organizzativi che devono essere congrui rispetto alla natura e alla dimensione dell’impresa (secondo comma 2086), ma questo non determina che frazioni di gestione non possano essere spostati dagli amministratori ai soci, questo è del tutto rimesso allo Statuto.

La competenza dei soci in S.r.l. può essere aumentata anche durante la vita della società; è possibile in S.r.l. (e non nella spa), che un amministratore decida di attribuire ai soci alcune specifiche decisioni. Anche i soci possono richiedere agli amministratori che su alcune decisioni si pronuncino loro; questa richiesta è legittima nella misura in cui proviene da 1/3 del capitale sociale. Si tratta quindi di una minoranza dei soci.

Il socio di una S.r.l. può essere chiamato in solido con gli amministratori se ha deciso o autorizzato un’operazione.

**🡪 ART 2479🡪 La legge nella S.r.l. si limita a stabilire delle COMPETENZE MINIME NON DETRAIBILI ai SOCI:**

* **Approvazione del bilancio**
* **Nomina degli amministratori:** avviene con decisione ordinaria ma solo se previsto dall’atto costitutivo
* **Decisione di distribuzione dei risultati**
* **Nomina dei componenti dell’organo di controllo**: il sindaco o i sindaci, nomina del revisore esterno
* **Modifiche dell’atto costitutivo**: si può delegare l’aumento del capitale sociale agli amministratori
* **Decisioni che comportano una sostanziale modifica dell’oggetto sociale determinato nell’atto costitutivo**: il diritto di recesso è in capo al socio nel caso in cui si abbia una modifica sostanziale dell’oggetto sociale, a fronte di un dissenso (non possibile questa modifica in una spa). Un esempio di modifica può sussistere quando una società decide di passare dal tipo “società operativa” al tipo “società holding”.
* **Operazioni che comportano una rilevante modifica dei diritti dei soci**: un esempio è quando la società partecipa a un’altra S.r.l.; si ha modifica in quanto si modificano di diritti agli utili. Un altro esempio è il cambiamento di mercato, in quanto di nuovo si modifica il diritto dei soci agli utili.

Queste operazioni sono ex lege appannaggio della base sociale nella S.r.l, gli amministratori non possono prendere queste decisioni in quanto non di competenza.

**PROCEDIMENTO ASSEMBLEARE IN SPA**

Questo procedimento, parlando di assemblea nella spa, è **un’applicazione della regola collegiale:** *l’assemblea è un’espressione di sintesi che sottende l’applicazione delle diverse fasi della regola collegio.*

Il gruppo dei soci decide, osservando questa regola, **attraverso 5 fasi fondamentali**.

🡪 Nella spa l’autonomia statutaria non può disporre di questo procedimento; l’assemblea è un elemento essenziale del tipo società per azioni.

🡪 La struttura corporativa entro la spa, quindi l’articolazione dell’organizzazione attraverso organi è un elemento che caratterizza le spa, quindi è indisponibile, non possono introdurre regole che per qualche decisione mettano in stop l’assemblea.

🡪 Ogni volta che si ha un bypass (aggiramento/violazione della regola assembleare) dell’assemblea, le clausole che hanno determinato questa fattispecie sono **nulle**.

Questa regola deve valere quantomeno a livello formale, il procedimento deve essere rispettato a livello formale; ciò non toglie che i soci possano già aver deciso in presenza in relazione a una determinata operazione. I soci decidono con delibera, ovvero si decide applicando la regola collegiale operando in 5 fasi.

L’assemblea è indisponibile in quanto si perseguono diversi fini, ma la ragione principe è che si vuol far si che una certa decisione sia ponderata, presa in modo consapevole. L’attività sociale, quindi, deve svolgersi in maniera attenta e consapevole; questo deve valere anche per l’organo amministrativo. Questo pone garanzia anche per i terzi.

1. **PRIMA FASE: CONVOCAZIONE**

Si deve convocare l’assemblea, non si autoconvoca🡪 La convocazione ha DUE FINI:

1. Informare gli aventi diritto, ovvero i soci, in merito al fatto che sussiste una decisione da prendere.
2. Informare QUALE AZIONE si deve prendere, ovvero le materie relative all’ordine del giorno; si va a circoscrivere le materie su cui si devono prendere le decisioni.

🡪 Viene convocata DAGLI AMMINISTRATORI i quali hanno un potere di convocazione dell’organo, ogni volta che vogliono/c’è bisogno, generalmente almeno 1 volta all’anno per approvare bilancio di es e decidere sulla destinazione dei risultati.

🡪 Il tempo di convocazione dell’assemblea di bilancio, nei 4 MESI successivi alla chiusura d’esercizio = TERMINE LEGALE, può essere prorogabile per ulteriori due mesi, ovvero che l’assemblea può essere convocata due mesi dopo la data di chiusura dell’esercizio per l’approvazione del bilancio di esercizio (invece che marzo-aprile, giugno).

🡪Se gli amministratori non convocano, interviene il POTERE SUPPLETIVO, sostitutivo dell’organo di controllo, eventualmente anche dal consiglio di sorveglianza (nel caso in cui la società sia di natura dualistica). Il collegio sindacale, quindi, potrebbe avere un suo autonomo potere di convocazione, quindi non in sostituzione agli amministratori (articolo 2406, co. 2). Si noti che in caso di omissione di convocazione, si ha una VIOLAZIONE DEI DOVERI.

Il collegio può convocare l’assemblea se si riscontra una gravità rilevante e vi sia urgente necessità di provvedere. Il collegio sindacale di una società quotata invece, non deve dimostrare la gravità ed urgenza per poter convocare (potere concorrente a quello degli amministratori).

Anche il 10% (se società non è aperta) o il 5% (se società è aperta) del capitale sociale rappresentato dalla minoranza può chiedere la convocazione dell’assemblea. La minoranza può esercitare il potere di convocazione per deliberare sulle materie che entrano in competenza dell’assemblea stessa, quindi laddove intenda far esprimere l’assemblea su quelle materie. Si ha però una restrizione, ovvero che la convocazione da parte die soci, ai sensi dell’articolo 2377, non può avvenire quando l’assemblea è chiamata a deliberare su proposte degli amministratori. I soci non possono convocare l’assemblea quando devono deliberare su proposte degli amministratori, quindi tutte le volte in cui i soci possono decidere se accettare o meno la proposta, senza avere potere modificativo in relazione alla proposta. L’assemblea può essere chiamata a deliberare su proposte che derivano dai soci convocanti. Il caso principale e più ricorrente è l’approvazione del bilancio d’esercizio; questa è una proposta da parte degli amministratori ai soci ed è formalizzata dal progetto di bilancio: su questo i soci **non** hanno il potere di modifica, possono solo approvare o non approvare. La stessa cosa avviene in caso di fusione, taluni approvano la proposta degli amministratori, formalizzata attraverso un progetto di fusione: i soci anche qui non hanno autonomo potere di convocazione dell’assemblea, possono solo approvare o meno il progetto. La minoranza deve essere in grado di formulare una proposta di voto all’assemblea su materie per le quali non necessita una preventiva proposta da parte dell’organo amministrativo.

Si deve considerare anche l’assemblea totalitaria, ovvero l’assemblea in cui partecipa tutto il capitale sociale che ha diritto di intervenire in assemblea (non tutti i soci hanno questo diritto) e di votare in assemblea. A questa assemblea partecipa la metà degli organi amministrativi e dell’organo di controllo: se ricorrono queste condizioni l’assemblea è totalitaria. La conseguenza è che il difetto di convocazione è sanato. Questa assemblea è particolare in quanto qualunque socio intervenuto, indipendentemente dalla sua partecipazione, ovvero del suo peso in società, può chiedere di bloccare i lavori assembleari: esplicita di essere poco informato sulla materia su cui l’assemblea può deliberare e chiede il blocco dei lavori in assemblea. Proprio per non attribuire questo forte potere, la pratica delle assemblee totalitarie è poco seguita.

Ci sono delle regole e dei profili particolari che riguardano le società quotate, che si trovano nel TUF agli art. 125 bis e seguenti che riguardano l’esercizio del diritto di voto e di partecipazione dei soci. L’avviso di convocazione dell’assemblea, ai sensi del 125 quater del TUF, deve essere pubblicizzato anche sul sito internet della società. Inoltre, l’organo amministrativo che convoca fa anche delle proposte sui singoli punti all’ordine del giorno, confeziona delle proposte di voto che presenta ai soci; queste proposte devono essere illustrate: si deve avere un supplemento di informazione entro le quotate (articolo 125 ter).

Un’altra norma è legata alla possibilità di integrazione dell’ordine del giorno, cioè si attribuisce ai singoli soci il potere di integrare l’ordine del giorno. Questo è un potere diverso rispetto a quello della convocazione appena visto. Si possono quindi inserire decisioni ulteriori nell’ordine del giorno in un’assemblea già convocata (articolo 126 bis). L’integrazione dell’ordine del giorno deve essere correlata con l’ordine del giorno già presentato, può avvenire quindi solo per specificare questioni già presenti. Se ad esempio si prevede l’approvazione del bilancio, un’integrazione possibile può riguardare la destinazione dei risultati che derivano da quel bilancio.

**Seconda fase: intervento**

Una volta convocata, si ha la possibilità, degli aventi diritto, di intervenire in assemblea.

Chi è legittimato ad intervenire in assemblea? Con la riforma del diritto societario del 2003, la norma generale sul diritto di intervento è sancita all’articolo 2370 del Codice Civile, derogata per alcune particolarità da alcune norme del TUF. In particolare, l’articolo 2370 sancisce che il diritto di intervento può essere esercitato soltanto dai soci che hanno diritto di voto, non potendo quindi intervenire tutti i soci che non hanno diritto di voto o soci a voto limitato, se l’ordine del giorno non interessi le materie su cui ha diritto di voto. Si può evidenziare come ci siano dei diritti di intervento che in realtà assumono la forma di un vero e proprio ‘’potere-dovere di intervento’’ per via della particolare funzione che quei soggetti svolgono all’interno dell’impresa: si pensi ad esempio agli amministratori (per via della loro funzione) o anche componenti dell’organo di controllo. Nell’eventualità in cui i soggetti sopra elencati non si presentino in assemblea, salvo assenza giustificata, si assiste ad una violazione di un dovere che può comportare la revoca per giusta causa dalla propria funzione. Di regola, chi non vota non può neanche intervenire in assemblea (neanche assistere alla stessa), con l’eccezione per alcune categorie di azioni (per esempio azioni di risparmio) che invece hanno un rappresentante comune con ‘’potere-dovere’’ di intervenire in assemblea, stesso discorso per gli obbligazionisti.

Bisogna precisare come però gli inviti in assemblea non siano esclusi: la legge ammette che qualcuno possa essere invitato a partecipare come uditore o come spettatore in assemblea (capita spesso infatti nelle società quotate che gli organi di stampa vengano invitati in assemblea, come anche qualche consulente), è importante però che non ci sia l’intervento (anche il socio nell’eventualità in cui ricevesse un invito da parte dell’organo amministrativo o dal “Cerimoniere” formalmente il presidente dell’assemblea, cioè colui che deve ordinare lo svolgimento dei lavori assembleari, potrebbe partecipare all’assemblea senza ovviamente intervenire). Possono intervenire in assemblea anche soggetti non soci che però hanno il diritto di voto per le materie all’ordine del giorno: si pensi ai finanziatori con titoli atipici (titolari di strumenti finanziari con diritti di voto su argomenti relativi al capitale finanziario) o anche al creditore pignoratizio o usufruttuario di azioni.

Il diritto di intervento è subordinato all’espletamento di alcune formalità e sono diverse in base alla possibilità di servirsi o meno di un sistema di gestione accentrata per le proprie azioni.

Se la società è fuori dal sistema di gestione accentrata, le formalità per il diritto di intervento sono sancite all’articolo 2370 del Codice civile, quali devono essere le formalità? Qui dipende dall’eventualità di emissione delle azioni: se non le ha emesse, la formalità è rappresentata dal fatto che il socio deve essere scritto nel libro dei soci; se le ha emesse invece la formalità da rispettare sarà quella di detenere l’azione (se al portatore), oppure dimostrarsi possessore qualificato tramite una serie di girate. Lo Statuto potrebbe introdurre un’ ulteriore formalità, rappresentata dal deposito dell’azione prevedendo che per intervenire il socio deve prima depositare le azioni o presso intermediario finanziario o società, evitando quindi la circolazione delle azioni poco prima che venga celebrata l’assemblea. Se previsto dallo Statuto, questo deposito non può essere superiore ai 2 giorni nel caso in cui la società sia aperta al mercato del capitale di rischio, cioè non quotata ma con azionariato diffuso, conciliando le esigenze sociali con quelle di mercato. Questo deposito è circoscritto entro 2 giorni (precedenti) la data fissata per l’assemblea.

Per le società che, invece, si inseriscono in un sistema di gestione accentrata, bisogna distinguere l’eventualità in cui questo sistema sia stato scelto volontariamente oppure per obbligo: il riferimento normativo è dato dagli articoli 83-bis e seguenti del Tuf; in particolare queste norme sono dettate per società quotate anche se l’articolo 85 del Tuf le estende anche alle società che volontariamente fruiscono del sistema. Qui la formalità che consente l’intervento è differente rispetto a quella vista per le altre società: qui l’azione è dematerializzata, perché è in mano all’intermediario che cura la gestione del sistema. In questo caso la formalità a cui è subordinato l’intervento è rappresentata dalla comunicazione da parte dell’intermediario, che deve comunicare alla società emittente chi siano i soci che hanno diritto di intervenire in assemblea, sulla base delle risultanze che emergono dai suoi conti. La comunicazione va fatta sulla base di una tempistica concordata tra società e intermediario, senza una regola ben precisa. Oltre la formalità appena evidenziata, è possibile prevedere un’ulteriore formalità: l’interruzione della circolazione delle azioni qualche giorno prima dell’assemblea (equivalente al deposito delle azioni visto in precedenza). Per società con azionariato diffuso, per le stesse ragioni viste in precedenza col deposito, questo blocco della circolazione può essere al massimo di 2 giorni antecedenti alla data dell’assemblea.

Se la gestione accentrata risulta essere obbligatoria(come per le sole società quotate), la formalità rimane quella della comunicazione finanziaria dell’intermediario all’emittente riguardo la compagine sociale che può intervenire in assemblea, basandosi come in precedenza sulle risultanze dei conti, stavolta però fissando inderogabilmente un tempo per la comunicazione, che deve avvenire nei 7 giorni antecedenti la data fissata per l’assemblea (non è più a scelta dell’emittente, ma fissato dal dato normativo). Nelle società quotate, inoltre, non sono previste ulteriori formalità: prevale qui infatti l’interesse del mercato alla circolazione delle azioni, senza poter essere, questa, bloccata in pendenza di assemblea. Tutto ciò tende però a portare un rischio, potendosi verificare l’ipotesi che un soggetto compri le azioni entro i 7 giorni precedenti all’assemblea, dopo che la comunicazione tra intermediari e società sia già avvenuta (nella “record date” =data di registrazione). I soggetti legittimati a intervenire non è detto che corrispondano ai soci della società in essere in quel momento, cioè la compagine sociale, per dinamiche fisiologiche di mercato, può essere diversa da quella rappresentata dall’intermediario quando ha fatto la comunicazione alla società emittente. Rileva solo la comunicazione dell’intermediario e non lo stato attuale della compagine sociale a fronte degli scambi azionari che regolarmente si realizzano sul mercato. Questa ipotesi potrebbe quindi portare un soggetto ad intervenire e votare in assemblea senza essere più socio, risultando legittimato per via della comunicazione, ma allo stesso tempo non più socio per via della vendita delle azioni nei 7 giorni precedenti: questo fenomeno è noto come ‘’Empty Vote’’, cioè voto vuoto, voto che non è accompagnato dallo status di socio, potendo votare e partecipare pur non avendo più alcun tipo di investimento nella società. Chi compra azioni in questo frangente di solito troverà accordi col venditore, di natura però parasociale, contando però solo il voto del legittimato ad intervenire, con rischio di voto non nell’interesse dell’azionista. Si pone, quindi, il problema di tutela di chi ha comprato le azioni, infatti il nuovo socio può chiedere l’annullamento della delibera, ipotesi prevista dall’art.127-bis (1 comma) del Tuf, cioè il socio che ha comprato le azioni dopo la comunicazione dell’intermediario (infrasettimanalmente prima dell’assemblea) è considerato come socio assente da quella assemblea, legittimato a chiedere, ricorrendone i presupposti, l’annullamento della delibera, o comunque l’invalidità di essa, portando inoltre a legittimare il diritto di recesso.

**Terza fase: La riunione**

La riunione avviene nel luogo indicato nell’ordine del giorno, ma è possibile che lo statuto preveda delle modalità telematiche di svolgimento dell’assemblea. In questo momento la disciplina emergenziale, per ridurre il problema degli assembramenti, ha predisposto l’art. 106 del decreto-legge del 2020 che consente di svolgere l’assemblea da remoto, indipendentemente dalla previsione statutaria, e resterà valida fino al 31 luglio 2021.

Bisogna tenere presente la possibilità di chiedere un aggiornamento dei lavori assembleari su iniziativa di un terzo del capitale sociale, ossia un altro diritto riconosciuto a minoranza qualificata. Questi possono chiederlo per singoli punti all’ordine del giorno, giustificando questa richiesta da un difetto di informazione, solo se ritiene di non essere sufficientemente informata. Può chiedere un rinvio della votazione su quel punto e una nuova riunione assembleare che deve avvenire nei 5 giorni successivi al giorno fissato per l’assemblea.

Nel caso di società quotate, le norme da tenere in considerazione sono sia il 123 ter (secondo il quale le proposte degli amministratori devono essere illustrate da apposite relazioni, quindi sicuramente il dibattito in una società quotata è più agevolato dalla presenza di queste relazioni, alle quali ogni socio può accedere tramite il sito internet della società) e sia l’art 127 ter, che attribuisce il diritto ad ogni socio di porre domande sui singoli punti all’ordine del giorno. Ecco qui è possibile per un socio, o in anticipo o durante i lavori assembleari, porre delle questioni, alle quali il presidente dell’assemblea deve dare risposta nel corso del dibattito assembleare. Si tratta di un diritto che il dato normativo su uniformazione al diritto europeo assicura ai soci di una società quotata.

**Quarta fase: la votazione**

I punti discussi vengono messi ai voti e bisogna vedere se il quorum deliberativo è stato raggiunto o no. I quorum li possiamo trovare agli art. 2368 e 2369 del Codice civile.

I quorum sono diversi a seconda che l’assemblea debba deliberare in composizione ordinaria o straordinaria, ma anche a seconda che la società possa convocare più adunanze della stessa assemblea, ossia, possa essere convocata in seconda o anche in terza convocazione nei casi in cui i quorum possano non essere raggiunti, oppure che abbia un’unica convocazione. Normalmente l’assemblea è in unica convocazione nelle società più grandi e quotate, mentre negli altri casi lo statuto può scegliere se convocare più volte con più adunanze la stessa assemblea o realizzare un’unica convocazione.

*L’assemblea ordinaria* in:

1. Prima convocazione: ha un quorum costitutivo, ossia, è regolarmente costituita se interviene la metà del capitale sociale, quindi delibera a maggioranza del capitale intervenuto. (C’è un quorum costitutivo che è ai fini della regolare costituzione dell’assemblea; invece, il deliberativo riguarda la maggioranza del capitale intervenuto).
2. Seconda convocazione ovvero in unica convocazione: non ha un quorum costitutivo e nemmeno deliberativo. Vuol dire che in seconda o unica convocazione (nel caso non ci sia la possibilità di due convocazioni valgono le seguenti regole) l’assemblea si costituisce quale che sia il capitale intervenuto e delibera a maggioranza di quest’ultimo. È costituita purché intervenga il socio titolare di un’azione, che basta per dare luogo alla regolare costituzione dell’assemblea.

Nella pratica la prima convocazione viene sempre disertata e si va alla seconda convocazione che invece difetta di un quorum costitutivo e che delibera quale che sia il capitale intervenuto.

Questa modalità della seconda/unica convocazione agevola la possibilità di deliberare, consentendo all’assemblea ordinaria di costituirsi indipendentemente dal numero di azioni intervenute, ma a maggioranza assoluta degli intervenuti a quell’assemblea. Questo avviene per l’esigenza di non interrompere lo svolgimento delle attività svolte dall’assemblea ordinaria, in quanto essa decide su due cose che sono vitali per la vita della società o meglio senza le quali la società è posta in stato di liquidazione, cioè si formalizza lo scioglimento e dunque lo stato di liquidazione. Queste due delibere sono: l’approvazione del bilancio di esercizio, che deve essere appunto agevolata, e in secondo luogo la nomina dei componenti degli organi amministrativi e degli amministratori.

Dunque, poiché all’interno dell’assemblea ordinaria ci sono queste questioni, il dato normativo favorisce il più possibile la delibera assembleare, eliminando eventualmente il quorum e consentendo una decisione con il principio di maggioranza applicato agli intervenuti in assemblea.

*L’assemblea straordinaria in*:

* Società chiuse: non prevede un quorum costitutivo in prima convocazione, ma c’è quello deliberativo, pari alla metà del capitale sociale. Nella seconda convocazione/unica, c’è un quorum costitutivo di un terzo del capitale sociale e deliberativo dei due terzi del capitale intervenuto. Ci sono, però, materie indicate al 5o comma dell’art. 2369, come per esempio, la variazione dell’oggetto sociale, la trasformazione della società, lo scioglimento anticipato, la proroga della società, per le quali anche in seconda convocazione/unica è richiesto comunque un quorum deliberativo rafforzato pari al terzo del capitale sociale.
* Società aperte: i quorum costitutivi variano, poichè c’è in prima convocazione la metà del capitale sociale, nella seconda il terzo del capitale sociale e in eventuale terza/unica convocazione il quinto del capitale sociale. Si delibera con due terzi del capitale intervenuto.

**Gli eventuali margini che ha l’autonomia statutaria a modificare questi quorum**

Quelli di cui abbiamo parlato sono i quorum legali, quindi stabiliti dalla legge, ma ora la questione da porsi è se lo statuto possa modificare questi quorum. Questi quorum legali NON possono essere ridotti, rappresentano quelli minimi, che almeno devono essere osservati per poter deliberare all’interno di una S.p.a. L’eventuale norma di statuto che dovesse modificare questi quorum al ribasso, sarebbe invalida (clausola statutaria nulla), perché questi quorum convenzionali sono stabiliti per assicurare un minimo di partecipazione dei soci all’interno della società.

Dal punto di vista pratico si pone il problema opposto, cioè se i quorum possano essere incrementati. Su questo punto si ritiene possibile questa eventualità, con un’unica eccezione che troviamo al quarto comma dell’art. 2369, che è una norma di carattere imperativo, inderogabile e riguarda il caso particolare dell’approvazione del bilancio di esercizio e della nomina degli amministratori. Con riferimento a queste due decisioni, nessuna deroga statutaria è consentita, valgono inderogabilmente i quorum legali.

La questione controversa riguarda i margini che ha l’autonomia statutaria per poter incrementare questi quorum: non c’è una soluzione univoca sul punto, salvo una precisazione, ossia che l’autonomia statutaria non può rendere in nessun caso questi quorum unanimistici e nemmeno fattualmente unanimistici, cioè all’interno di una S.p.A. non può essere prevista neanche un’unanimità dettata dalla contingenza della composizione della compagine aziendale per poter deliberare.

Per esempio: se una società ha due soci, uno ha il 60% del capitale e l’altro il 40%, non può essere previsto all’interno dello statuto di quella S.p.a. un quorum che diventi deliberativo al 61% del capitale sociale, perché se ci sono 2 soci di fatto la clausola statutaria di fatto richiederebbe l’unanimità per poter deliberare.

Clausole di questo tipo sarebbero invalide.

[Domanda: l’incremento del quorum vale anche per una sola fattispecie e indipendentemente dall’adunanza o assemblea (come il caso di modifica dell’oggetto sociale)?

Risposta: certamente, è possibile prevedere un innalzamento dei quorum con riferimento ad alcune materie. Normalmente, infatti, la prassi statutaria prevede degli eventuali innalzamenti dei quorum con riferimento a specifiche decisioni; non si trovano spesso, nella pratica, clausole che prevedono innalzamenti generalizzati, ad esempio per le assemblee straordinarie.]

C’è la possibilità di esercitare il voto per corrispondenza. Questa eventualità può essere prevista dallo statuto: in questo caso i voti vengono acquisiti dalla società e vengono computati ai fini del quorum costitutivo/deliberativo dell’assemblea.

Il profilo problematico a livello di prassi societaria è che il voto per corrispondenza può aggirare la regola assembleare.

Per esempio: se in un’assemblea straordinaria è previsto un quorum costitutivo di un terzo del capitale sociale e delibera con due terzi del capitale intervenuto, è possibile ritenere valida/validamente costituita l’assemblea nella quale interviene meno di un terzo del capitale sociale, ma in cui altri soci però hanno votato per corrispondenza? È possibile, attraverso l’esercizio del voto per corrispondenza, di fatto ridurre i quorum costitutivi?

La risposta che si è data non è pacifica, ma AL PROF sembra preferibile in senso negativo, nel senso che il quorum costitutivo deve essere valutato sulla base dei soci presenti in assemblea e non può essere alterato computando il voto reso per corrispondenza, perché quest’ultimo eventualmente aumenta la partecipazione in assemblea, ma non può sostituire il quorum minimo previsto dalla legge o dallo statuto. Il rischio sennò sarebbe che il metodo assembleare verrebbe aggirato e di fatto sostituito da un metodo alternativo, che è il metodo referendario (possibile nella s.r.l., ma non nella S.p.A.).

**Quinta fase: la verbalizzazione**

L’assemblea si conclude con il verbale, in quanto il risultato proclamato con la votazione deve essere formalizzato nell’ambito del verbale.

Il verbale deve essere redatto dal segretario dell’assemblea, che è una figura immancabile al latere del presidente dell’assemblea. Le vesti di segretario sono assunte dal notaio, pubblico ufficiale, quando l’assemblea è straordinaria, quindi deve essere atto pubblico, questo perché l’assemblea straordinaria modifica l’atto costitutivo, che può essere modificato solo con atto pubblico (con i relativi necessari controlli che esso comporta).

La seconda questione riguarda l’analiticità del verbale: si richiede un quadro di quello che è accaduto all’interno dell’assemblea. Sicuramente due cose devono essere tenute presenti:

* la prima è che in esso non possono non esserci le identità dei soci intervenuti. Spesso questo è aiutato da sistemi elettronici della rilevazione della presenza
* la seconda è che deve essere riportata la sostanza dell’intervento dei soci all’interno del dibattito assembleare; dovrà risultare anche il senso del voto, cioè come i singoli soci hanno votato con riferimento ai singoli punti all’ordine del giorno. Questo fa capire che all’interno di una S.p.A. non è ammissibile il voto segreto, per consentire di verificare ex post se ci sia stato o meno il conflitto di interessi, perché in questo caso la delibera diventerebbe invalidabile attraverso l’azione di annullamento.

**LEZIONE 17, 27/04/2021**

**PROCEDIMENTO ASSEMBLEARE IN SRL**

Vediamo il procedimento equivalente nella srl. Il metodo assembleare, o regola collegiale, è una regola di default, cioè trova applicazione laddove non sia previsto diversamente dallo statuto. Nella SRL a differenza della spa **può essere previsto un metodo differente** (almeno parzialmente) da parte dell’autonomia statutaria, cosa che invece non è possibile per le ragioni viste, nell’ambito della spa.

L’assemblea dei soci nella srl c’è nella misura in cui non sia stabilito diversamente è disciplinata dall’articolo **2479**  nel quale, è facile rendersi conto che il funzionamento dell’assemblea è lasciato all’autonomia statutaria. L’assemblea dovrà in altri termini rispettare le 5 fasi che sono proprie del funzionamento della regola collegiale, sicuramente ci sarà sempre una discussione, una votazione e una proclamazione del risultato formalizzato dal verbale, soltanto che le fasi in cui si articola il metodo collegiale nella srl sono in qualche modo **fasi molto più elastiche** rispetto a quelle che abbiamo visto nel diritto azionario.

**CONVOCAZIONE**:

A cominciare dalla **convocazione**: la tempistica e la modalità sono lasciate alle disposizioni statutarie, la norma interviene solamente nel silenzio delle disposizioni statutarie richiedendo una convocazione **almeno 8 giorni** precedenti di preavviso dalla data dell’assemblea, avviso da consegnarsi con una tradizionale lettera. Nulla esclude che i soci, nello statuto, stabiliscano diversamente purché venga rispettato il diritto dei soci ad essere informati sull’assemblea, perché in difetto di questo ci sono delle conseguenze sulla validità della delibera assembleare.

**QUORUM**:

Per quanto riguarda i **quorum** invece il testo normativo stabilisce dei quorum che sono sia di carattere costitutivo, se non è previsto dallo statuto si costituisce con la partecipazione di **almeno la metà del capitale sociale** che interviene in assemblea, la delibera con **maggioranza del capitale intervenuto**. Salvo due eccezioni per i quali è richiesto un **quorum deliberativo più elevato** cioè pari almeno alla metà del capitale sociale, ovvero le decisioni di cui al **numero 4 e 5 dell’articolo 2479** vale a dire la **modifica dell’atto costitutivo** e le decisioni che **modificano** sostanzialmente **l’oggetto sociale** e incidono in maniera rilevante sui diritti dei soci.

Si pone dal punto di vista teorico e pratico la possibilità di **modificare i quorum assembleari**, anche qui come nelle spa vale la questione di capire fino a che punto lo statuto può modificare i quorum stabiliti dal dato normativo al **comma 3 dell’articolo 2479 bis**. In questo ambito la disciplina è analoga per quanto detto per le spa. In riferimento alla possibilità di riduzione dei quorum, per le stesse ragioni **non è possibile ridurre i quorum deliberativi**, difatti gli stessi motivi impediscono anche all’atto costitutivo della srl di derogare al ribasso questi quorum. La partecipazione all’interno dell’assemblea non può essere attenuata ulteriormente rispetto a quanto previsto dal comma 3 dell’articolo 2479 bis; dunque, regole o clausole che riducono il quorum di intervento o di delibera dell’assemblea dovrebbero essere inammissibili, quindi laddove presenti queste clausole ritenersi invalide. Questo va a tutela del diritto partecipativo dei soci e delle decisioni che ricadono nella loro competenza.

Il discorso invece è sicuramente differente con **la possibilità di aumentare questi quorum**: c’è una possibilità di incremento, quindi prevedere quorum costitutivi o deliberativi più elevati, lo abbiamo visto nell’ambito della spa, lo è a maggior ragione nell’ambito della srl. Quello che però si ritiene o sembra ammissibile anche se non generalizzabile, è la possibilità di prevedere addirittura **quorum unanimistici**. Mentre per la spa la questione è “pressoché pacifica” poiché si esclude *s*t**atutariamente** l’introduzione di quorum unanimistici, questa conclusione non è altrettanto certa nella srl. Non si esclude dal punto di vista teorico ma soprattutto pratico, la possibilità di prevedere l’introduzione tramite statuto di quorum unanimistici, stabilire che per alcune decisioni occorra il **consenso unanime dei soci**. È una conclusione ritenuta **ammissibile nella srl**, anche se però senz’altro **non generalizzabile**, certamente si esclude anche qui la possibilità di generalizzare la previsione di quorum unanimistici, che quindi può essere introdotto ma **non può essere valida** una clausola di statuto che preveda unanimità per **tutte le decisioni** che i soci sono chiamati a prendere. Il problema è quindi per quali decisioni si possa prospettare il quorum unanimistico, cioè per quali casi è possibile introdurre questi quorum. In linea di massima si ritiene la possibilità di prevedere l’unanimità se non per tutte per alcune modifiche dello statuto, alcune modifiche possono essere vincolate dal consenso unanime dei soci; o altre decisioni per i quali lo statuto vuole riservare al singolo socio il diritto di veto( diritto di vietare una decisione senza unanimità). Tuttavia anche nella srl **non può valere la clausola** relativa all’unanimità per le **decisioni cosiddette essenziali** o **vitali per la società**(cioè delle decisioni che se non prese avrebbero come conseguenza quella di consolidare lo scioglimento della società e quindi mettere la società in stato di liquidazione ) come l’approvazione del bilancio di esercizio, e se previsto dall’atto costitutivo la decisione di rinnovo delle cariche sociali e in particolare di rinnovo dell’organo amministrativo, questo nella misura in cui rientri nella competenza dei soci (che non è detto) la nomina degli amministratori. È da escludere che possa valere la regola unanimistica per le decisioni essenziali rispetto allo svolgimento dell’attività sociale.

**PRESIDENTE DELL’ASSEMBLEA:**

Con riferimento alla figura del presidente dell’assemblea si lascia questo argomento allo studio individuale, tenendo come riferimento quanto detto per la spa. Il presidente o è nominato dallo statuto o nominato caso per caso dalle singole assemblee, il presidente che ha funzione importantissima cioè **funzione ordinatoria** dei lavori assembleari come la figura del presidente dell’assemblea di una spa. Con riferimento invece al **verbale** non c’è da dire nulla di più rispetto a quanto visto con la spa. Anche in questo caso nella misura in cui si tratti di modificare lo statuto, una delle due ipotesi in cui l’assemblea è cogente cioè ineliminabile chiaramente la verbalizzazione dovrà essere fatta con atto pubblico quindi tramite un pubblico ufficiale che funge in quel caso da segretario dell’assemblea.

**CONSULTAZIONE SCRITTA:**

L’assemblea però nella srl può essere parzialmente sostituita**, questa è la grande differenza** tra i due tipi societari; non può essere del tutto sostituita per le modifiche statutarie o per le decisioni di cui al punto 5 del 2479, l’assemblea è inomettibile quindi opera ex lege. Per tutte le altre decisioni o per una parte di queste, l’assemblea può essere sostituita per un **metodo di formazione della volontà dei soci di tipo differente**. Questo metodo è previsto **dall’articolo 2479 del terzo comma**, introduce la possibilità di adottare, sub previsione statutaria, le decisioni mediante la consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto. In questi casi è chiaro che non c’è un quorum costitutivo, vale il **quorum decisionale**, laddove venga adottato questo differente metodo della volontà dei soci, in cui opera il **principio di maggioranza assoluta** che deve essere parametrata rispetto al capitale sociale. Vale anche in questo caso la possibilità di elevare il quorum decisionale sub previsione statutaria, valendo in toto le considerazioni appena fatte con riferimento al quorum assembleare.

Questa consultazione scritta è un **metodo alternativo** rispetto a quello assembleare, questo significa banalmente questo metodo voglia fare riferimento al cosiddetto metodo referendario (cioè classico referendum) che si realizza tramite la base sociale; gli amministratori, quindi, possono chiedere che i soci decidano su una certa questione convocando l’assemblea oppure possono diffondere l’informazione ai soci sul punto da decidere. In questa casistica, manca il confronto con gli altri soci quindi ogni socio decide in proprio sulla base delle sue informazioni e convinzioni e fa pervenire il suo consenso o dissenso rispetto alla decisione con modalità scritta. Ad esempio, il caso classico di approvazione del bilancio di esercizio, se è previsto la consultazione scritta, il bilancio viene circolarizzato(diffuso) tra i soci e ogni socio informandosi in maniera autonoma sul bilancio, fa pervenire il suo consenso o dissenso e la decisione è assunta a maggioranza dei consensi. È una modalità più veloce di assunzione delle decisioni dei soci perché il socio può anche essere chiamato a decidere con solo qualche giorno di anticipo, allo stesso tempo è una decisione meno ponderata in quanto **non vi è confronto tra tutti i soci**, tipico invece del metodo assembleare. Il socio in questo caso vota da remoto però sulla base di quello che sappiamo vi è una differenza con il voto per corrispondenza perché sono tutti i soci a votare da remoto, al contrario il voto per corrispondenza rimane un diritto di voto all’interno del voto assembleare.

Bisogna tenere presente che anche se lo statuto preveda la consultazione scritta alternativa all’assemblea, quest’ultima rimane comunque in “standby” perchè non solo è destinata a trovare applicazione per le due decisioni che abbiamo visto( che non sono assumibili senza un’assemblea) ma potrebbe essere chiamata in causa sulla richiesta di singoli amministratori o di 1/3 dei soci, rendendola operativa. La componente della funzione amministrativa o la minoranza qualificata può difatti chiedere che per la decisione nonostante lo statuto preveda il metodo referendario, si decida in assemblea. È opportuna una valutazione che va fatta caso per caso sulle decisioni per cui è preferibile non saltare la regolare collegiale, quindi **l’assemblea resta sempre operativa**.

**DIRITTO DI VOTO**

Tratteremo questo argomento solo con riferimento alla spa, ma il discorso potrebbe essere anche replicato anche all’interno della srl. Il voto dei soci significa rispondere **a tre questioni**: la prima per quanto riguarda gli eventuali **limiti all’esercizio del diritto di voto**; la seconda questione è quella legata all’**esercizio mediato del diritto di voto**, esercitato tramite **rappresentanza**; terza questione riguarda gli eventuali **contratti** non sociali sul voto, quindi **parasociali**.

**Limiti del diritto di voto**

Il voto del socio è del tutto libero, di fatto **non ha vincoli** o limiti particolari all’esercizio del diritto di voto decidendo in **piena autonomia** se e soprattutto come votare sui singoli punti per i quali è chiamato a decidere, autodeterminandosi sul diritto di voto. L’unico limite all’esercizio del diritto di voto, presente sia nelle spa e srl, è rappresentato dal **conflitto di interesse**. Nel senso che il voto del socio non può essere reso in conflitto di interesse, se è reso in queste condizioni e il suo **voto in conflitto è determinante**, la conseguenza è che **la** **delibera assembleare sia suscettibile di invalidità**.

Vediamo quando in concreto un socio è in conflitto di interessi, la norma di riferimento è **l’articolo 2373.** Questa è una norma più che altro di disciplina che afferma quali sono le **conseguenze** nel caso in cui il voto sia reso in conflitto di interessi. Si prevedono casi, tra questi è quando c’è una **presunzione assoluta di conflitto di interessi**: un **socio è anche amministratore** e si debba decidere la sua **responsabilità**, per legge in questo caso il dato normativo ravvisa un ipotesi di conflitto di interessi e quindi **preclude in particolare il socio amministratore ad esercitare il diritto di voto**. Alternativamente si potrebbe convocare un’assemblea per decidere sulla sua responsabilità oppure una assemblea chiamata a decidere sul bilancio di esercizio.

Negli altri casi la **verifica della sussistenza del conflitto** di interessi è una **verifica lasciata ai soci**, quindi valutano se si trovano o meno in conflitto di interessi e quindi la determinazione da prendere con riferimento al diritto di voto, di fatto se un socio fosse in conflitto di interessi allora il socio non dovrebbe votare. È un principio di autodeterminazione in cui è lo stesso socio a valutare se ci sia o meno conflitto di interessi e quindi nel caso dovrebbe astenersi dal voto. È importante ricordare che il socio, salvo alcuni casi, non è mai direttamente responsabile e il caso del conflitto d’interesse è lo strumento che rende possibile invalidare una decisione assembleare viziata dal conflitto, esclusivamente ex-post ( dopo che la delibera sia stata presa) .

Il conflitto di interessi **non è suscettibile di essere fatto valere ex ante** salvo nell’ipotesi presuntiva prevista dal secondo comma dell’articolo 2373, soltanto in quel caso il presidente dell’assemblea ha il potere di escludere il socio amministratore dal voto, in quanto stanno decidendo sulla sua responsabilità, in tutti gli altri casi il **presidente dell’assemblea non può mai escludere il socio dal voto perché la valutazione sul conflitto di interessi è una valutazione lasciata al socio** che può essere eventualmente sindacata dall’autorità giudiziaria in sede di invalidità della delibera assembleare accertando da un lato il conflitto e in secondo luogo la marginalità del voto in conflitto per quella delibera.

**COMPUTO SOCIO IN CONFLITTO**

Il socio in conflitto è computato ai fini del quorum costitutivo, solo nel caso della sua responsabilità non è computato ai fini del quorum deliberativo.Quella decisione la maggioranza verrà calcolata senza considerare la quota di capitale del socio in conflitto.

*Esempio del prof: una società azionaria operante nel settore turistico in cui socio di maggioranza con l’80% del capitale era anche amministratore, in sede di approvazione del bilancio d’esercizio i soci di minoranza hanno chiamato la responsabilità del socio amministratore.*

*La delibera è stata presa perché l’80% del capitale non è stato considerato ai fini del quorum deliberativo. L’assemblea era validamente costituita perché comunque il socio in conflitto è presente ma non tenuto conto ai fini del quorum deliberativo.*

**IL CONTROLLO SULLA SUSSISTENZA DEL CONFLITTO**

Il controllo sulla sussistenza dei conflitti di interessi viene effettuato **ex-post** perché si lega all’autodeterminazione della volontà del socio, ossia al fatto che il socio verifichi che ci sia o meno conflitto. Un controllo effettuato ex-ante, invece, è da ricondurre a una presunzione.

Con la conseguenza pratica che è rappresentata dal fatto che il Presidente non può precludere il socio all’esercizio del diritto di voto, salvo il caso di presunzione di conflitto di cui al **comma II art. 2373:** il conflitto va valutato solo ex-post.

Tutta un’altra tematica quella di capire cosa succede se viene ravvisato il conflitto, problema se si torna in assemblea, se il giudice può ricalcolare i voti è una questione controversa.

Il socio in conflitto può intervenire, può prendere parte al dibattito può far valere le ragioni della sua assenza di conflitto, nel caso di conflitto non può votare.

È importante chiedersi: ***Quando si ha conflitto d’interesse?***

**CONFLITTO D’INTERESSI**: rapporto tra due interessi. Si ha un rapporto esterno alla società.

Duplice interesse:

1. Il primo interesse che va salvaguardato è l’interesse sociale. All’interesse della società si farà un riferimento più concreto quando si tratterà l’organo amministrativo.

Per definizione, L’INTERESSE SOCIALE è il perseguimento dello **scopo** della società, non tanto dello svolgimento della società ma dello scopo.

Lo scopo di un soggetto che entra a far parte della compagine sociale per perseguire il fine ultimo per cui la società è stata costituita. Non ci può essere un interesse in conflitto con l’interesse della società. In Italia, ad esempio, è uno scopo lucrativo, art. 2247 che le società devono perseguire

1. Interesse del socio non in quanto tale ma l’interesse del socio **in concreto**, l’interesse di un socio specifico all’interno della società. l’interesse particolare che fa capo al socio rispetto all’interesse sociale che fa capo alla società e quindi alla collettività dei soci

**VALUTAZIONE CONFLITTO D’INTERESSE**

Si lascia al socio la valutazione, se il suo interesse particolare è in conflitto con l’interesse sociale. Si lascia alla valutazione del socio sul presupposto che l’interesse particolare concreto del socio è un interesse che può essere tranquillamente perseguito da parte del socio.

Il socio partecipa alla società per il suo interesse particolare che deve essere realizzato compatibilmente con l’interesse sociale, di per sé non c’è niente di illegittimo nel fatto che il socio abbia un interesse particolare, tutti i soci hanno un interesse particolare.

L’interesse **concreto** di cui i soci sono portatori è l’interesse particolare, il quale interesse viene realizzato attraverso la società.

Questa realizzazione deve avvenire in modo compatibile con l’interesse astratto, ossia l’interesse del socio in quanto socio cioè con l’interesse sociale.

Io realizzo il mio specifico interesse compatibilmente con l’interesse della società nella quale sono entrato a far parte, compatibilmente con il fine ultimo per cui la società è stata costituita.

Nel caso classico se c’è un socio che ha un interesse a vendere qualcosa, esempio un immobile, lui potrebbe vendere l’immobile alla società e potrebbe anche deliberare sulla vendita dell’immobile per la società.

Egli realizza il suo interesse particolare tramite la società, non deve essere incompatibile con l’interesse sociale, ossia la società deve aver bisogno di quell’immobile, deve comprare l’immobile perché ha esigenza di quell’immobile e in secondo luogo deve pagare l’immobile ad un prezzo conforme a quello di mercato.

Il socio non può, in altri termini, avere un prezzo superiore soltanto perché sta vendendo quell’immobile alla società.

Una valutazione della sussistenza del conflitto di interessi è una valutazione che rimane al socio.

È il socio che valuta se il suo interesse particolare a vendere l’immobile può essere realizzato in maniera conforme e compatibile con l’interesse della società della quale fa parte.

La valutazione che il socio fa da sé e quindi se ritiene che:

1. il suo interesse sia compatibile con quello sociale, partecipa e vota
2. il suo interesse **non** sia compatibile con quello sociale *(esempio si rende conto che la società non ha bisogno di quell’immobile oppure vorrebbe venderlo ad un prezzo più alto rispetto a quello di mercato è quindi chiaro che il suo interesse particolare è confliggente con quello sociale)* la sua autodeterminazione deve portare al non esercizio del diritto di voto.

Questo riguarda tutta la sfera valutativa del socio in punto di esercizio del suo diritto al voto, potrà poi essere sindacato soltanto **ex-post** da parte dell’autorità giudiziaria in punto di invalidità della delibera assembleare.

**SITUAZIONE DI CONFLITTO IN CONCRETO**

Quando si capisce di essere in una situazione di conflitto, quando in concreto c’è l’indizio che è quasi prova di conflitto?

L’elemento segnaletico che fa percepire che c’è di fatto una situazione di conflitto è che **l’interesse** **personale prevale** su quello della società. Il beneficio personale che riesce ad acquisire il socio è un beneficio maggiore rispetto a quello che è tratto dalla società se l’operazione fosse stata fatta altrimenti.

In altri termini, io socio tramite l’interesse particolare, traggo vantaggio a scapito dell’interesse della società, quando il prezzo di mercato è minore del prezzo di vendita quindi la manifestazione concreta del conflitto d’interesse si ha quando la società per effetto di quel voto viene esposta ad un **danno quantomeno potenziale.**

Si può avere concretamente conflitto d’interessi tutte le volte in cui la società viene esposta ad un danno quantomeno potenziale per effetto di quella decisione.

Un elemento di fattispecie del conflitto d’interesse è quindi il danno potenziale a cui la società è esposta. Se la società non subisce un danno, l’interesse particolare è realizzato in maniera legittima in quanto compatibile con l’interesse sociale.

Si ha conflitto d’interesse quando:

- la società paga un prezzo più alto rispetto a quello mediamente praticato dal mercato per quel tipo di immobili, quindi la società ha bisogno e compra ma paga di più rispetto a quello che pagherebbe per il medesimo immobile simile acquistato da altri

- la società, pur pagando il prezzo di mercato, acquista una cosa di cui non ha assolutamente bisogno per lo svolgimento dell’attività sociale, quindi impiega in maniera impropria le risorse patrimoniali investendo su qualcosa che non è utile rispetto allo svolgimento dell’attività sociale.

Il danno in questa eventualità è solo potenziale, la società potrebbe evitare il danno vendendo a sua volta l’immobile, ma è certamente potenziale perché io distraggo le risorse sociali investendole su qualcosa che non serve per lo svolgimento dell’attività sociale.

L’aspetto che di fatto va guardato tutte le volte che si è chiamati a decidere la compatibilità tra l’interesse particolare del tutto legittimo rispetto all’interesse del contesto sociale nel quale si fa parte.

**ESERCIZIO DI VOTO PER RAPPRESENTANZA**

Il secondo profilo è rappresentato dall’esercizio mediato del diritto di voto: l’esercizio di voto per rappresentanza.

Il socio non è di fatto lui a votare ma lo fa indirettamente per il tramite di un soggetto.

La rappresentanza del voto è caratterizzata da una disciplina diversa a seconda che la società sia quotata o non quotata.

Se una società NON è quotata, poca differenza intercorre se la società è aperta o chiusa, di fatto:

a) in una società non quotata aperta, il voto di rappresentanza deve essere sicuramente assicurato al socio

b) in una società non quotata chiusa, esattamente come nel caso della S.R.L, il voto per rappresentanza c’è, salvo che lo statuto non stabilisca diversamente.

b) In una società per azioni chiusa, come in una S.R.L, è possibile che lo statuto sottragga questa possibilità di esercizio del diritto di voto, quindi se il socio vuole votare deve andarci lui personalmente.

Il voto viene reso come assimilato un po’ ad una prestazione personale, cioè io devo andare a votare personalmente.

Questo accade nella S.P.A chiusa e nella S.R.L, dove di default la rappresentanza potrebbe essere esclusa dallo statuto, facendo valere il carattere fiduciario che caratterizza la compagine sociale

a) In una società aperta invece la rappresentanza non può non esserci, e a fortiori ci deve essere con modalità esecutive differenti nell’ambito della società quotata.

Ipotesi società NON QUOTATA: norma di riferimento **art. 2372 del C.C.**

Non c’è una disciplina nel caso di S.R.L. l’esercizio di voto nella S.R.L per rappresentanza è o rimesso all’autonomia statutaria o tutto sommato si potrebbe pensare ad un’applicazione estensiva dell’art.2372 anche nel caso della S.R.L.

Molto spesso capita che lo statuto disciplini nello specifico questa possibilità. È una lacuna normativa che va colmata o tramite le norme di statuto oppure pensando ad un’applicazione del 2372 che è una norma che contiene sicuramente un principio molto importante con riferimento alla rappresentanza.

**ART. 2372:**

In una società chiusa la rappresentanza può essere data anche in linea generale, cosa che invece non è possibile in una società aperta nella quale la rappresentanza va data soltanto per singole assemblee salvo che non si tratti di una procura generale.

Io tutore di un minore vado per lui a votare in quanto il potere rientra nella procura generale oppure è il socio di un ente, è chiaro che il rappresentante organico di un ente ha la possibilità di esercitare il diritto di voto da parte del socio ente.

Di massima, nelle società aperte, la rappresentanza a votare va data con riferimento a singole assemblee.

In secondo luogo, la delega è sempre in pieno, cioè il potere di rappresentanza deve essere dato ad uno specifico soggetto, non si può lasciare in bianco il nome del rappresentante e come corollario di quanto detto, la sub-delega deve essere eventualmente prevista, cioè il rappresentante può farsi sostituire a sua volta, se questa eventualità è prevista dal dato normativo. La delega deve prevedere la possibilità della sub-delega perché altrimenti la sub-delega non può avvenire.

Il profilo di principio che contiene l’art. 2372 si trova al COMMA V e COMMA VI.

**ART. 2372 COMMA V:** *“la rappresentanza non può essere data ad alcuni soggetti, quali membri degli organi amministrativi o di controllo o ai dipendenti della società, né alle società da essa controllate o ai membri degli organi amministrativi o di controllo o ai dipendenti di queste”*

Si ha quindi una preclusione soggettiva all’attribuzione della rappresentanza in capo ad alcuni soggetti, nello specifico organo amministrativo, organo di controllo, dipendenti anche eventualmente delle società controllate.

**ART. 2372 COMMA VI: limite quantitativo alla rappresentanza.**

*“La stessa persona non può rappresentare in Assemblea:*

*- più di 20 soci o se si tratta di società aperte nel mercato del capitale di rischio*

*- più di 50 soci se la società ha un capitale non superiore a 50 milioni*

*- più di 100 soci se la società ha un capitale sociale non superiore a 5 milioni*

*- più di 200 soci se la società ha un capitale sociale superiore a 20 milioni*.”

Il rappresentante può avere i voti e quindi rappresentare ai fini costituitivi e deliberativi 20 soci, con delle eccezioni per le società aperte. In capo ad una persona è come se ci fosse la presenza, e quindi un voto, di un numero più alto dei soci.

*Riassumendo: ai sensi del comma V si ha la PRECULSIONE DI ALCUNI SOGGETTI che non possono avere delega; ai sensi del comma VI un rappresentante non può avere più di un certo numero di deleghe.*

Nelle società aperte la delega a votare, o meglio la rappresentanza a votare, va data per singole assemblee. La delega è sempre in pieno ossia per poter attribuire il potere di rappresentanza bisogna specificare il soggetto e, non è possibile lasciare in bianco il nome del rappresentante. Come corollario ciò, la sub delega deve essere prevista, cioè il rappresentante può farsi sostituire se tale eventualità è prevista dal dato normativo, quindi è la delega che deve prevedere la sub delega perché altrimenti la sub delega non può avvenire.

La norma importante è ***l’art. 2372, comma 5 e 6,*** che contiene la disposizione, che afferma che la delega/la rappresentanza non può essere data ad alcuni soggetti, cioè in particolare, la delega/la rappresentanza non può essere data: *‘ai membri dell'organo amministrativo o di controllo o ai dipendenti della società, né alle società da esse controllate o ai membri degli organi di controllo e ai dipendenti di queste.*’ Quindi, c’è di una preclusione soggettiva all' attribuzione della rappresentanza in capo ad alcuni soggetti, nello specifico l’organo amministrativo, organo di controllo e dipendenti, anche eventualmente delle società controllate.

In norma comma è contenuta una disposizione, che assegna un limite quantitativo alla delega, ossia alla rappresentanza. La norma detta così: *‘la stessa persona non può rappresentare in assemblea, più di 20 soci o se, si tratta di società aperte al mercato del capitale di rischio, più di 50 soci se la società ha un capitale non superiore a 5 milioni, più di 100 soci se la società ha un capitale sociale superiore a 5 milioni, e non superiore a 200 soci se la società ha un capitale sociale superiore a 20 milioni’*. Con delle eccezioni per le società aperte, la delega può crescere partendo da 50 soci arrivando a 200 soci; è come se in capo ad una singola persona ci fosse la presenza e quindi, il voto di un numero più alto di soci.

Il quinto comma stabilisce una preclusione su alcuni soggetti, che non possono avere la delega, amministratori, sindaci e dipendenti; il sesto comma invece, stabilisce che un rappresentante non può avere più di un certo numero di deleghe.

La ratio di questi due commi: la delega va ad attribuire ad un singolo soggetto il potere di votare per più persone. È possibile che, avendo più deleghe, queste siano disgiunte tra loro; per esempio, il rappresentante riporta 4 si 6 no, si parla di ***voto divergente***, ossia il soggetto vota in senso favorevole per alcune azioni ed in senso contrario per altre azioni.

Il voto divergente è certamente ammissibile, poiché un’azione è autonoma dalle altre azioni è quindi, tecnicamente ammissibile che il voto venga esercitato in modo divergente.

Il problema è che il voto divergente deve avere una ratio, una logica, un obiettivo meritevole, ed un’ipotesi tipica è quella del rappresentante, il quale partecipa in assemblea per 10 soci e può esercitare il voto in un senso per alcuni di essi ed in senso contrario per gli altri soci rappresentati. Quindi, è possibile esercitare in modo divergente l’esercizio di voto grazie al rappresentante, in questo caso il voto divergente ha una ratio ed una logica sottostante.

*Il voto divergente riguarda tutta l’assemblea o soltanto alcuni punti all’ordine del giorno?*

Questo dipenderà molto da eventuali istruzioni che hanno dato i soci, se si riceve la delega dai soci per una particolare assemblea, bisogna indicare il nome del rappresentante che andrà a votare in assemblea, in questo caso il rappresentante che partecipa in assemblea è anche mandatario del socio. Il rappresentante partecipa ai lavori assembleari e all’esito del dibattitto, deciderà come votare, rispetto ai punti all’ordine del giorno. Ciò non esclude che il socio voglia sottrarre, al rappresentante, il potere di decidere in maniera autonoma, quindi voglia rendere questo come puro rappresentante, sottraendo la componente gestoria. In questo caso, il socio deve fissare le istruzioni di voto, quindi se ci si trova in questo contesto, il rappresentante deve solo rispettare le istruzioni di voto, rispettando ciò che ha stabilito il socio. Questa è solo un’eventualità in una società non quotata, in quanto la rappresentanza ha un’immancabile componente gestoria, quindi il rappresentante è anche mandatario del socio, poi può essere ridotto a mero rappresentante se il socio lo desidera, e queste istruzioni possono essere date sui singoli punti all’ordine del giorno ovvero su una parte di questi. PRECISAZIONE MOLTO IMPORTANTE.

La ratio dei limiti qualitativi e quantitativi previsti dall’art.2372, perché non si può dare una delega ad un dipendente della società o perché un soggetto non può rappresentare più di venti soci all’interno di un’assemblea? Qual è il motivo di tale disposizione che va osservata? Perché esiste questo duplice limite?

* L’amministratore non può rappresentare un socio, perché questo è colui che nomina e l’amministratore potrebbe giocare a suo favore e non rispettare le volontà del socio.
* Mentre, un rappresentante non può rappresentare più di venti soci all’interno dell’assemblea per evitare che il rappresentante, concentrando le deleghe nelle sue mani, acquisisca un potere che altrimenti non avrebbe.

Quello che dice di molto importante l’articolo 2376, nei commi cinque e sei, è essenzialmente questo: è vero che il rappresentante che partecipa in assemblea è autonomo e può prendere le decisioni per i soci rappresentati, ma la rappresentanza non può essere un istituto attraverso il quale vengano alterati i rapporti reciproci tra i soci all’interno della società. In altri termini, il rappresentante non può avere il potere di controllo o un potere che scombini gli equilibri tra i soci all’interno della società, ossia i rapporti tra i soci devono essere rispettati, tanto che il socio partecipi da solo o che partecipi attraverso un altro soggetto. La norma stabilisce che la rappresentanza non può essere il modo attraverso cui travasare dei poteri facendoli passare da alcuni ad altri, la rappresentanza deve essere quindi neutrale o il più possibile tale, rispetto ai rapporti di forza esistenti tra i soci.

Non si può creare il rappresentante controllante, attribuendo la rappresentanza a figure apicali, non si può creare un rappresentante controllante o che acquisisca potere per la concentrazione eccessiva del numero di deleghe. Questo principio è molto importante e caratterizza l’istituto della rappresentanza e che in una società non quotata, è realizzato attraverso questi limiti quantitativi e qualitativi stabiliti dall’articolo 2376. La rappresentanza deve essere **neutra**.

*Il rappresentante non potrebbe essere una diversa esplicazione di un patto para sociale?*

Il rappresentante del patto può partecipare all’interno dell’assemblea ai sensi dell’art.2372. Quindi, se si è rappresentante del patto bisogna rispettare tale disposizione, il che è abbastanza facile in quanto il patto può avere un massimo di venti soci.

Nel caso della ***società quotata***, l’art.2372 non trova applicazione, quindi è espressamente derogato e disapplicato, con riferimento alle società che sono quotate sui mercati regolamentati.

Le norme a riguardo devono, quindi essere individuate all’interno del ***Testo Unico della Finanzia, in particolare sono art.135 novies e seguenti***.

Il modo con cui si realizza la rappresentanza nell’ambito della società quotata è diverso, nella tecnica operativa anche se rispetta la logica della rappresentanza, esplicitato nell’esame del quinto e sesto comma dell’art.2372.

All’interno di una società quotata non ci sono i vincoli quantitativi e qualitativi previsti dalla norma, ne consegue che il socio può farsi rappresentare da chi vuole. Può decidere quindi che vuole essere rappresentato, per esempio, da un dipendente o da un amministratore, è possibile che il rappresentante abbia nelle sue mani un numero altissimo di deleghe, anche superiore a 200, qui si può addirittura avere un rappresentante che abbia o accentri le deleghe in un numero molto più alto di soci. Fino ad arrivare alla figura del ***rappresentante designato***, che può essere non solo un rappresentante scelto dal socio, senza limiti qualitativi o quantitativi, ma addirittura è la società che suggerisce ai soci da chi farsi rappresentare. Quindi, si realizza la cosiddetta figura del rappresentante designato, la società che nell’avviso di convocazione, esplicita il soggetto o i soggetti che potranno essere utilizzati come rappresentanti dei soci all’interno dell’assemblea. Questa figura è stata una figura che nell’attuale momento storico, per ragioni contingenti, è stata non poco utilizzata. Infatti, come già detto nelle lezioni precedenti, uno dei modi per risolvere il problema delle assemblee delle società, è stato consentire l’assemblea attraverso sistemi di collegamento remoto, il secondo modo, per risolvere questo problema nel contesto dell’emergenza, è stato quello di consentire alle società quotate e quelle che fanno ricorso al capitale di rischio, come anche per quelle chiuse, di realizzare e permettere l’assemblea per il tramite del rappresentante designato. Significa che la legge ha consentito alla società, indipendentemente dalla tipologia e previsione statutaria, di utilizzare il rappresentante designato per fare l’assemblea, quindi i soci non potevano partecipare all’assemblea, ma potevano farlo solo tramite il rappresentante designato che di fatto raccoglie tutte le deleghe dei soci.

Le assemblee dell'anno scorso si sono realizzate in questo modo, cioè erano assemblee nelle quali erano presenti: il presidente, il segretario, gli amministratori e l'organo di controllo e poi il rappresentante designato, uno o più rappresentanti designati, sui quali era confluita la delega di tutto il capitale che aveva interesse/intenzione di partecipare. Le Assemblee erano di fatto svuotate dalla presenza dei soci ma partecipate per il tramite del rappresentante designato. Quindi, nell’avviso di convocazione la società indicava la volontà di sfruttare questa possibilità concessa dalla legge, art.106 del DL 23, 2020. I soci erano invitati a confluire la loro delega in capo al rappresentante designato. Al di fuori dell’emergenza pandemica, il rappresentante designato invece, utilizzabile da una società quotata, indica chi è quest’ultimo ed il socio in alternativa di partecipare all’assemblea, può partecipare tramite il rappresentante.

C’è un problema però di concentrazione del potere, infatti in situazioni normali il rappresentante può essere anche quello non indicato dalla società, quindi o è il socio che sceglie il rappresentante o è la società che lo indica.

Si pone quindi, il problema di come la rappresentanza di una società quotata possa essere resa compatibile con il requisito della rappresentanza, ossia che tramite la rappresentanza non si possono alterare i rapporti di forza tra i soci. Tutte le volte in cui c’è una delega in una società quotata, sia che la delega provenga da un soggetto scelto dal socio, sia che venga data da un rappresentante designato, è solo una delega di ‘mero nuncius’, manca quindi la componente gestoria, in quanto la delega in una società quotata, deve essere sempre istruita. Un socio può delegare chi vuole, con qualunque numero di deleghe, ma questo è possibile solo perché il rappresentante in una società quotata, andrà a riportare all’interno dell’assemblea le istruzioni di voto che esplicitamente il socio deve dare. Il rappresentante di fatto, quindi è un mero nuncius, cioè un soggetto che svolge solo la funzione di rappresentante, senza assolvere alla componente gestoria.

La delega quindi, in una società quotata deve essere sempre una delega istruita, così facendo il rappresentante andrà a votare come richiesto dai soci, infatti è molto plausibile che il rappresentante voti in maniera disgiunta. Il problema di queste assemblee è che non c’è dibattito ma il rappresentante si limita a votare per i soci, svuotando completamente il modello assembleare.

**LEZIONE 18 28/04/2021**

**LEZIONE 19 4/05/2021**

**Domanda**: Chiede un vostro collega se i patti parasociali (sindacati di voto) valgono anche nella Srl?

**Risposta**: certamente sì, sono dei contratti presenti anche in un atto costitutivo di una Srl (normalmente ci sono sempre), se i limiti sono gli stessi previsti per la Spa e se c’è una norma di riferimento (la norma di riferimento non c’è). Il problema è non tanto per le società chiuse, perché di fatto pure in assenza di una norma ad hoc il problema non si pone, visto che c’è solo un problema di durata del contratto. Questo vale con riferimento a qualunque rapporto obbligatorio, che non può essere senza limiti di tempo. Eventualmente qui ci sarebbe il problema, nel caso di contratti a tempo indeterminato, di applicare estensivamente la norma sul recesso. Vi è quindi una propensione per l’ipotesi affermativa. È più corretto dire che il contratto qui dovrebbe valere a tempo determinato, ma se manca una norma a tempo indeterminato o la norma non vale o si applica la norma sul recesso, quindi per il principio di conservazione dei contratti vale la norma sul recesso. Ricordiamoci che la norma sul recesso nel nostro ordinamento è una norma sempre eccezionale. Il vero problema si pone nelle Srl eventualmente aperte, per le quali la carenza di una disciplina sulla trasparenza, come quella per le Spa, crea un vuoto normativo da colmare.

**LA GOVERNANCE DELLE SOCIETÀ**

Partendo dalla Spa, il discorso riguarderà essenzialmente l’organo amministrativo. Nella Spa il governo dell’impresa è un governo che regge su un’organizzazione per uffici. È di fatto un elemento essenziale della Spa il fatto che la funzione amministrativa sia un po’ articolata per uffici; ciò significa che le competenze della funzione (essenzialmente la gestione dell’impresa) non fanno capo ad un altro soggetto, ma ad un organo amministrativo.

La funzione amministrativa è quindi riferita/attribuita alla competenza di un organo: l’organo amministrativo, al quale si avvicendano diversi soggetti nominati come membri dell’organo.

Tale organo può essere unipersonale o pluripersonale, ci può essere un amministratore unico (salvo nelle società quotate in cui l’organo è sempre pluripersonale).

Tutte le volte in cui c’è un organo pluripersonale sul piano organizzativo la funzione amministrativa ruota attorno ad un consiglio (cdA) e quindi le decisioni vengono prese applicando la regola collegiale.

La prima cosa da vedere è chi può essere nominato amministratore all’interno di una Spa come membro dell’organo amministrativo, quindi bisogna definire chi sono gli amministratori.

Sotto il profilo soggettivo, gli amministratori sono dei soggetti che devono rispettare le cause di ineleggibilità e decadenza (riferimento art. 2382). Quindi determinati soggetti, soprattutto se hanno commesso dei reati o sono incorsi in vicende personali (es. procedura concorsuale liquidatoria), non possono essere nominati amministratori o se vengono nominati decadono al seguito del verificarsi di tali situazioni.

La legge stabilisce delle qualità ulteriori degli amministratori, soltanto con riferimento alle società quotate: uno o due (a seconda del numero degli amministratori) devono essere amministratori indipendenti, quindi è richiesto per uno o alcuni membri del cdA il rispetto del requisito dell’indipendenza. Tale requisito è poi specificato nel codice di autodisciplina, dettato dal Comitato Corporate Governance di Borsa Italiana. Tale codice raggruppa un po’ delle best practices, è un codice al quale la società può aderire o meno. Se la società aderisce è chiaro che poi diventi vincolante e quindi che debba poi essere applicato.

Anche nella nuova versione del codice, entrata in vigore nel 1° gennaio di quest’anno, è specificato il requisito di indipendenza.

In estrema sintesi dire che un amministratore è indipendente vuol dire che deve rispettare i requisiti minimi dell’indipendenza previsti dal diritto societario. Tali requisiti di indipendenza li troviamo solo con riferimento ai membri all’organo di controllo, quindi ai membri del collegio sindacale.

Nell’ambito delle norme sul collegio sindacale, nell’art. 2399 c.c. sono contenute le condizioni minime di indipendenza che devono essere quanto meno rispettate da parte degli amministratori. Un amministratore può dirsi indipendente rispetto alla funzione che ricopre quando non è vincolato alla società, al socio di controllo, ad altre società del gruppo o più in generale quando non ha vincoli sul piano societario o con riferimento ai soci di controllo e può assumere una capacità di giudizio e valutazione non inquinata dal fatto di essere amministratore di quella società.

Ci sono quindi alcuni requisiti essenziali che permettono all’amministratore di svolgere al meglio la sua funzione, ossia di orientare la sua attività solo con riferimento all’interesse della società.

Il fatto di essere autonomo/indipendente significa quindi non essere vincolato, ossia non avere rapporti con la società o con i soci di controllo.

Di che rapporti si tratta? La norma codicistica fa riferimento a due tipi di rapporti:

* rapporti familiari: di prossimità essenzialmente con i soci di controllo della società o delle società del gruppo;
* rapporti di lavoro: ossia non essere stato alle dipendenze della società o di altre società del gruppo e non aver lavorato neanche come libero professionista con la società o con altre società del gruppo. In sintesi, è necessario non aver avuto dalla società o da altre società del gruppo delle fonti di guadagno, che potrebbero in qualche modo inquinare l’autonomia di giudizio da parte dell’amministratore.

Il codice di autodisciplina non fa altro che specificare e dettagliare questi rapporti personali o professionali; rappresenta infatti una forma di precisazione con riferimento tanto al rapporto personale, quanto al rapporto professionale. Soprattutto in un rapporto professionale vengono indicati dei casi particolari, in cui certamente il vincolo o la storia professionale impedisce di soddisfare il requisito dell’indipendenza dell’amministratore. Peraltro il requisito dell’indipendenza è un requisito che si presume, nel senso che le norme di legge (di soft law, di autodisciplina) stabiliscono delle presunzioni; quelle del codice non possono essere superate, quelle più stringenti ritrovabili sul codice di autodisciplina potrebbero essere superate.

Il codice presume che se uno ha avuto una certa storia professionale con la società non sia indipendente, salvo a verificare nel caso di specie effettivamente che il requisito dell’indipendenza non ci sia concretamente. Di fatto la valutazione circa l’indipendenza viene fatta collegialmente da parte dell’organo amministrativo della società, verificando caso per caso se questo requisito è soddisfatto oppure no. Il controllo è molto semplice nel caso in cui si ricada nelle ipotesi previste dall’art. 2399, va invece accertato caso per caso per le ipotesi ulteriori previste dai codici di autodisciplina. Fermo restando che, se anche io non ricado nelle ipotesi, potrei anche non rispettare l’indipendenza. Questo per dire che la valutazione va fatta inizialmente da parte dell’organo amministrativo e poi ripetuta ogni qual volta sia necessario per verificare che in concreta l’amministratore sia indipendente.

L’amministratore indipendente è l’ipotesi più importante di amministratore non esecutivo, ossia un soggetto che ha funzioni di esecuzione; l’indipendenza è un requisito incompatibile con l’esecuzione di incarichi. L’amministratore indipendente non potrebbe essere per esempio un amministratore delegato, che ha funzione esecutiva. L’indipendente normalmente svolge funzione di controllo all’interno dell’organo amministrativo, soprattutto sull’esercizio dell’eventuale deroga presente all’interno di quel cdA.

Ciò fermo restando che di fatto anche amministratori non esecutivi potrebbero non soddisfare i requisiti di indipendenza. Quindi dal punto di vista tipologico all’interno di una società trovo: amministratori esecutivi da un lato, amministratori non esecutivi dall’altro e un di cui degli amministratori non esecutivi sono gli amministratori indipendenti. Questi ultimi sono soggetti per i quali il requisito viene accertato o verificando il non ricorrere delle condizioni previste dall’art. 2399, oppure accertando le altre condizioni previste dal codice, ovvero condizioni diverse che potrebbero eventualmente compromettere l’indipendenza del soggetto.

La qualifica di indipendente è richiesta soltanto nell’ambito delle società quotate (art. 147 ter del testo unico). Tale articolo stabilisce che almeno un amministratore o due amministratori (nei cdA superiori a 7 membri) devono essere amministratori indipendenti: devono quindi rispettare il requisito dell’indipendenza. Nelle altre società, tale requisito non è imposto dalla legge, ma potrebbe essere prescritto dallo statuto. Lo statuto potrebbe richiedere con riferimento a qualche amministratore di essere amministratore indipendente, così come lo statuto potrebbe anche richiedere dei requisiti ulteriori in capo agli amministratori che potrebbero essere requisiti di professionalità (avere dei trascorsi professionali) per poter assumere la carica di amministratore. Ciò normalmente accade in società operanti in settori particolari, si pensi ad esempio alle società bancarie. Indipendentemente dal fatto che la società bancaria sia aperta, quotata oppure no, per disposizione delle autorità di vigilanza ci sono dei requisiti professionali previsti dallo statuto che devono essere soddisfatti per essere amministratore.

Oltre ai requisiti di professionalità, lo statuto può anche prevedere dei requisiti di onorabilità (non aver commesso determinate forme di illecito, normalmente a rilevanza penale), per poter risiedere nell’organo amministrativo di una certa società.

Lo statuto della Spa può dettagliare la figura dell’amministratore, prescrivendo requisiti di indipendenza (non previsti dalla legge), requisiti di professionalità o requisiti ulteriori di onorabilità (requisiti diversi rispetto a quanto previsto dall’art. 2382, con le cause di ineleggibilità e decadenza). Questo è quello che riguarda la figura soggettiva dell’amministratore. C’è poi la questione se l’amministratore possa essere anche un soggetto diverso da una persona fisica, ciò è assolutamente possibile. Ad esempio, anche una società potrebbe ricoprire la carica di amministratore all’interno di un’altra società e nel caso specifico all’interno di una società per azioni.

L’art 2382 non parla dei requisiti di indipendenza, ma stabilisce le cause di ineleggibilità o decadenza, ossia a priori gli amministratori non possono essere nominati o se già nominati decadono dall’incarico nel caso subiscano un certo tipo di condanna. Ineleggibilità e decadenza è un di cui dei requisiti di onorabilità che possono essere ulteriormente ampliati dallo statuto, così come lo statuto può aggiungere requisiti di professionalità e in aggiunta i requisiti di indipendenza. Questi ultimi sono previsti dal diritto societario per i sindaci, che trovano quanto meno applicazione per gli amministratori, con l’aggiunta eventualmente dei requisiti che gli amministratori di società quotate devono ulteriormente avere.

Tutto questo come funziona nel caso in cui venga nominata una persona giuridica?

La persona giuridica dovrà organizzare l’esercizio dell’incarico. L’incarico viene attribuito alla società ma poi quest’ultima dovrà concretamente realizzare l’incarico attraverso qualcuno, quindi deve dare concretezza all’esecuzione dell’incarico. Normalmente questo incarico viene eseguito per il tramite di un rappresentante designato dalla persona giuridica nominata come amministratore.

Normalmente i requisiti di indipendenza, professionalità e onorabilità devono essere accertati con riferimento al soggetto che esercita l’incarico, nel caso di specie sono requisiti che devono essere soddisfatti non tanto dall’ente, ma con riferimento al soggetto che concretamente esegue l’incarico (il rappresentante designato). In capo a questo soggetto devono essere soddisfatti questi ulteriori requisiti che la legge o lo statuto stabilisce per accedere alla carica di amministratore.

**Domanda**: Ciò avviene nel caso di gruppi o in generale anche in altre fattispecie?

**Risposta**: La capogruppo può nominare se stessa come amministratore della società controllata.

Nulla esclude che tale fenomeno possa verificarsi indipendentemente dal gruppo.

Può capitare che una società, per diversi motivi, abbia esigenza di farsi amministrare da un’altra società. E’ possibile che la qualifica di amministratore, come quella di sindaco, venga acquisita da parte di un ente. Questa seconda eventualità è molto più accettata e quindi diffusa a livello di prassi rispetto alla prima.

**Domanda**: Negli articoli del codice di corporale governance c'è raccomandazione che deroga ai requisiti di indipendenza dell'amministratore indipendente previsti dallo stesso codice. L'indipendenza, quindi, può essere valutata sulla base dell'attuale situazione del soggetto più che del suo passato?

**Risposta**: In questa eventualità si tratta di presunzioni che devono essere valutate caso per caso. E’ capitato al Professore di occuparsi di una vicenda in cui un socio aveva avuto rapporti professionali con la società ma, per dei cambiamenti che si erano verificati, il soggetto è stato comunque considerato indipendente. Di fatto il consiglio valuta con specifico riferimento ad un soggetto se quella previsione possa essere soddisfatta ovvero superata dal caso concreto.

**Domanda**: La responsabilità dell'amministratore è del rappresentante designato o della società?

**Risposta**: Esiste una doppia responsabilità: ovviamente c’è la responsabilità dell’ente amministratore in quanto parte del contratto ma anche, a diverso titolo, la responsabilità aggiuntiva del rappresentante designato.

**Domanda**: I requisiti di indipendenza in capo agli amministratori vanno accertati periodicamente in capo agli stessi?

**Risposta**: Vengono accertati periodicamente in capo agli stessi. Soprattutto nelle società quotate, la funzione amministrativa è molto articolata con l’utilizzo del comitato: si tratta di amministratori che formano un sotto organo all’interno dell’organo amministrativo.

Tra questi comitati ce ne è sempre uno che prende il nome di comitato “nomine” che periodicamente, quanto meno una volta l’anno, passa in rassegna gli amministratori indipendenti e verifica che le condizioni di indipendenza, inizialmente accertate per poter assumere l’incarico, siano attualmente soddisfatte e ne trae delle conseguenze.

La perdita dell’indipendenza comporterebbe eventualmente una decadenza dell’amministratore o quantomeno un passaggio nella figura dell’amministratore non indipendente (che può rimanere non esecutivo o assumere delle competenze esecutive incompatibili con la figura dell’indipendenza). Dunque deve essere accertato tutte le volte in cui si ha esigenza di accertare la sussistenza di questo requisito, quantomeno una volta (almeno nelle società più importanti in cui è più diffusa, anche per obbligo di legge, la presenza di queste figure).

Il codice di autodisciplina raccomanda sempre un giusto equilibrio tra amministratori indipendenti e non. Il giusto equilibrio dipende dal caso di specie, vedere se la norma di legge sia congrua rispetto alla singola fattispecie è valutazione che spetta in autonomia all’organo amministrativo della società.

**LA NOMINA DEGLI AMMINISTRATORI**

Vediamo ora come vengono nominati gli amministratori.

I primi amministratori sono sempre di nomina statutaria.

Una società di capitali non può avere un atto costitutivo che abbia una mancanza nell’indicazione degli amministratori, altrimenti non si saprebbe chi sono gli amministratori di quella società.

Non esistono delle regole suppletive come quelle che esistono nelle società personali per cui gli amministratori sono tutti soci, nelle società di capitali gli amministratori devono essere scelti.

La prima scelta, dunque, va fatta in sede statutaria.

Non potrebbe essere rogitato uno statuto mancando tale indicazione.

La durata dell’ufficio è a tempo determinato e nella S.p.a. non può eccedere i 3 anni.

Si pone quindi un problema di rinnovo dell’organo amministrativo. Nell’atto costitutivo è presente l’indicazione storica degli amministratori della società, tale indicazione viene poi periodicamente aggiornata quando i nuovi amministratori vengono nominati da parte dei soci.

La nomina degli amministratori, come abbiamo visto, avviene con delibera di assemblea ordinaria. Una delle due funzioni vitali della società per azioni è quella di rinnovare le cariche sociali, in particolare gli amministratori i quali possono essere anche rieletti (dipende poi se ci sono delle disposizioni in senso contrario nello statuto). Nulla esclude una rielezione, anche ripetuta più volte, di un amministratore. E’ richiesta comunque una delibera assembleare di riconferma del soggetto alla carica di amministratore.

**EVENTUALITA’ DI NOMINA EXTRA ASSEMBLEARE DEGLI AMMINISTRATORI**

E’ possibile che l’assemblea non nomini uno o qualche amministratore?

E’ possibile che ci siano delle fonti extra assembleari di nomina degli amministratori?

Certamente è possibile per uno o qualche amministratore, in casi particolari.

Il diritto azionario conosce delle fonti extra assembleari di nomina per uno o qualche amministratore, questo accade in ipotesi specificamente previste. La prima ipotesi si ha quando eventualmente è consentito ai titolari di strumenti finanziari partecipativi di nominare un amministratore che, in quel caso, deve essere peraltro amministratore indipendente.

Il concetto dell’indipendenza in questa ipotesi non è chiaro: non si capisce, anche dal punto di vista pratico, se l’amministratore indipendente, eventualmente nominato dal capitale finanziario cioè dai portatori di strumenti finanziari partecipativi, debba essere indipendente ai sensi del codice o del codice di autodisciplina o se il concetto di indipendenza sia un’altra cosa in questa ipotesi. Sicuramente i portatori di strumenti finanziari partecipativi possono essere investiti di questo potere di nomina extra assembleare, quindi sono loro che decidono sulla figura di amministratore da eleggere all’interno del consiglio. Figura che deve avere certi requisiti, la norma parla di amministratore indipendente anche se non è chiaro il significato da attribuire a questo termine contenuto nell’articolo 2351.

Un altro caso in cui ci può essere una nomina extra assembleare di qualche amministratore riguarda l’ipotesi del socio pubblico, ossia quando nella società partecipa un ente pubblico.

In questo caso lo statuto può attribuire, come diritto particolare al socio pubblico, il potere di nominare uno o più amministratori. A questo riguardo, più o meno con riferimento alle società chiuse in cui peraltro la partecipazione del socio pubblico è più diffusa, il socio pubblico può nominare alcuni amministratori in proporzione alla sua partecipazione all’interno della società. Ciò vuol dire che se c’è una partecipazione al 20% lo statuto può attribuire al socio pubblico fino al 20% degli amministratori che possono essere attribuiti al socio pubblico come diritto particolare di nomina.

Al di fuori di questi casi, abbiamo già visto il problema del diritto particolare riconosciuto nelle società per azioni: la possibilità di riconoscere tramite contratto ad altri soci il potere di nominare uno o alcuni amministratori dipende dal fatto se sia possibile o meno attribuire ad un’azionista dei diritti particolari.

A questo riguardo si segnala una posizione della prassi notarile, in particolare il Consiglio Notarile di Milano, che, con riferimento a questo tema, ha prodotto la Massima n°142.

Tale Massima presenta una serie di ambiguità in quanto consentirebbe addirittura la possibilità di attribuire alla categoria di azioni il potere di nominare uno o qualche o addirittura tutti gli amministratori.

Così come scritta la Massima non regge.

Le categorie di azioni sono tali se diversificano gli azionisti sul punto dei diritti sociali.

Qui il diritto sociale interessato è il diritto di voto, quindi deve essere eventualmente differenziato con riferimento al diritto di voto. La possibilità di consentire ad una categoria di nominare uno o qualche amministratore è una possibilità che eventualmente deve giocare attraverso i voti plurimi o maggiorati che vengono dati alla categoria, non come diritto in sé della categoria. Questo per due motivi:

1. Non si tratta di un diritto sociale quindi, di per sé, non può costituire la fattispecie categoria
2. La categoria in che modo eleggerebbe questo/i amministratore/i di sua competenza?

Si rischierebbe che tale elezione avvenisse in forma extra assembleare ma la possibilità di una nomina extra assembleare sembra riguardare soltanto le ipotesi a cui prima abbiamo fatto riferimento.

Ci sono degli statuti di S.p.a. che, utilizzando tali posizioni (forse ambigue) della Prassi notarile, prevedono questa possibilità ma si tratta di una possibilità che, secondo il Professore, non regge sul piano degli elementi essenziali.

**Domanda**: Nell’atto costitutivo può esserci solo indicazione del numero degli amministratori e non dei nomi?

**Risposta**: questo non è possibile perché la nomina degli amministratori è attribuita nel corso dell’assemblea ma, come abbiamo visto, l’assemblea non si autoconvoca, deve essere convocata e il potere di convocazione dell’assemblea è un potere dell’organo amministrativo. La società senza i primi amministratori non può funzionare, altrimenti si esporrebbe al rischio di impossibilità di funzionamento della società medesima (causa di scioglimento). Questo è il motivo per cui il Notaio o il registro delle imprese non possono varare un atto costitutivo che manchi di tale indicazione.

**LA NOMINA DEI SUCCESSIVI AMMINISTRATORI DOPO I PRIMI**

La seconda questione che va affrontata con riferimento alla nomina dei successivi amministratori, oltre ai primi, la troviamo nell’ambito di una norma sull’assemblea: art 2368 1° comma.

Tale norma recita così: “*Per la nomina delle cariche sociali e principalmente l’organo amministrativo, lo statuto può stabilire delle norme particolari*”.

Il caso principale in cui lo statuto di una società stabilisca norme particolari è la nomina degli amministratori, tuttavia può riguardare anche la nomina dei membri del consiglio e del collegio sindacale.

Quali possono essere le norme particolari di matrice statutaria per l’elezione degli amministratori?

Le norme particolari che caratterizzano la delibera assembleare nel momento della nomina degli amministratori possono essere diverse; l’ipotesi certamente più diffusa dal punto di vista pratico è quella del voto di lista, ossia l’utilizzo dello strumento della lista come regola per poter nominare gli amministratori. L’ipotesi in cui ciò è obbligatorio riguarda il caso delle società quotate, in cui senz’altro, per legge (art 147 ter del TUF) la nomina degli amministratori deve avvenire mediante il sistema del voto di lista.

In questo caso, perciò, la regola va rispettata perché è previsto dal dato normativo;

negli altri casi invece, la scelta del voto di lista, è presa dallo statuto che fa leva su quanto stabilito dall’ art 2368 comma 1.

La lista è un elenco di amministratori e dal punto di vista tecnico/normativo altro non è che una proposta che viene fatta all’assemblea circa la nomina degli amministratori.

Anziché esserci una proposta che nasce nel corso del dibattito assembleare, ove si forma una proposta che poi viene messa ai voti, qui ne consegue che questa proposta entra in assemblea già confezionata. Quindi, in questo caso, il dibattito assembleare riguarderà più che altro la scelta della lista sulla quale far convergere i voti, nel caso in cui ci siano più liste.

La/le liste non sono altro che proposte rivolte ai soci che devono deliberare all’interno dell’assemblea.

Si pone il problema su chi sia il legittimato a presentare le liste?

Il consiglio di amministrazione uscente potrebbe presentare una sua lista per la nomina o il rinnovo dell’organo amministrativo?

Questione per il Prof facilmente risolvibile con risposta affermativa.

Una lista può essere presentata allo stesso modo da parte dei soci. Essendo socio, è un suo diritto, fa parte del diritto di intervento presentare delle proposte di voto all’interno dell’assemblea.

Tale potere non è attribuito ad ogni singolo socio, ma c’è un’aliquota minima del CS fissata con il regolamento Consob che legittima i soci che soddisfano quell’aliquota minima di presentare una lista. Questo avviene nelle società quotate, essendoci tendenzialmente un grande numero di soci. In un’altra società, invece, ogni socio di massima può essere legittimato a presentare una lista, salvo che la questione o il potere di presentazione non venga appositamente regolato dallo statuto, quindi stabilendo delle aliquote minime che i soci devono soddisfare per presentare la lista.

Di massima la presentazione della lista viaggia di pari passo con la presentazione della proposta.

**Domanda**: Se si parla di lista, al singolare, è la singola proposta che riguarda un definito numero di amministratori? Ogni lista rappresenta un potenziale cda?

**Risposta**: Una lista è una proposta, due liste rappresentano due proposte. L’assemblea deciderà sulla prima lista o sulla seconda.

**Domanda**: Il Cda uscente può presentare una lista in cui vengono segnati i nomi dei soggetti presenti nello stesso consiglio?

**Risposta**: Il consiglio può fare ciò, può presentare una lista che sia esattamente uno specchio dei soggetti uscenti.

**Domanda**: Da chi sono definite le soglie del capitale che attribuiscono la legittimazione a presentare queste liste?

**Risposta**: Per le società quotate, l’art. 147 ter TUF assieme al regolamento Consob, stabiliscono delle soglie di presentazione delle liste.

Negli altri casi potrebbe eventualmente essere lo statuto, cioè se lo statuto non dice nulla è chiaro che ogni socio ha la legittimazione a presentare, in quanto soggetto legittimato a fare proposte all’assemblea; ma ad origine lo statuto potrebbe eventualmente stabilire che la lista venga presentata da soci che hanno una certa aliquota del capitale sociale. In assenza di previsione statutaria questa legittimazione spetta a tutti, perché tutti possono presentare delle proposte in ordine all’esercizio del diritto di voto.

Nelle società quotate essendo il meccanismo disciplinato da legge ordinaria e regolamento, è necessario andare a guardare queste norme per capire quale sia l’aliquota di capitale che bisogna soddisfare per la presentazione della lista.

**Domanda**: La presentazione della lista in capo ai soci è un potere attribuito ai soci, non un dovere, mentre è un dovere degli amministratori o, in presenza di altre liste, gli amministratori possono essere esclusi?

**Risposta**: Non c’è nessun dovere. L’amministratore non ha il dovere di proporre ai soci, normalmente lo fanno, fanno proposte di voto, ma, se manca la proposta di voto, quest’ultima semplicemente nasce in assemblea. Il consiglio di amministrazione può - ma non “deve”- presentare queste liste.

**IL CONTENUTO DELLA LISTA**

Vediamo innanzitutto la ratio dell’utilizzo dello strumento della lista.

Le società quotate, ma anche eventualmente le società privatizzate, quali Enel e Telecom, che nascevano da privatizzazioni, quando un socio aveva dei limiti al possesso azionario allora c’era il voto di lista. Tuttavia, nelle società quotate, la ragione della lista è una ragione pratica: dato che l’assemblea di una società quotata può ospitare un numero molto alto di partecipanti si finirebbe in dinamiche caotiche e problematiche.

Per questo motivo nelle società ad altissimo numero azionario è previsto l’obbligo del voto di lista, proprio per semplificare il procedimento assembleare nella nomina e nel rinnovo delle cariche sociali. Tant’ è vero che nelle società quotate il voto di lista c’è sia con riferimento agli amministratori, sia con riferimento ai membri dell’organo di controllo, cioè con riferimento al collegio sindacale.

Nelle società non quotate, soprattutto nelle società chiuse, questo problema forse non c’è.

Immaginiamo una società con pochi soci, perché non potrebbe decidere in assemblea chi sono gli aspiranti amministratori?

Non di meno, anche nelle società chiuse si troverà una previsione del voto di lista.

La ragione qui è diversa: è una ragione compositoria, cioè è quella di sfruttare il sistema del voto di lista per permettere non solo alla maggioranza, ma anche a soci diversi, soci di minoranza, di avere un rappresentante o qualche rappresentante all’interno del consiglio.

Quindi, mentre in una società quotata è anzitutto una ragione pratica per semplificare il procedimento assembleare, nelle altre società quello che ha indotto l’introduzione da parte del legislatore del voto di lista trova la sua ragione nell’intenzione di sottrarre al potere della maggioranza la nomina di tutti gli amministratori. Se non ci fosse la lista (è chiaro) la proposta da votare sarebbe quella che prende più voti, quindi quella del socio di maggioranza.

La previsione statutaria nelle società chiuse del voto di lista ha l’obiettivo di rendere presenti all’interno dell’organo amministrativo anche amministratori che siano espressione di più interessi. Non solo gli amministratori della maggioranza ma anche delle minoranze che possono esserci all’interno della società.

La lista, quindi, ha più che altro una funzione “compositoria” del consiglio: vuol dire proprio presenza nel consiglio dei diversi interessi che partecipano all’interno della società.

All’interno di una società quotata non è la lista ad avere la funzione “compositoria” ma nel consiglio di una quotata ci deve essere almeno un amministratore eletto dalla minoranza.

In questo caso, sarà tratto dalla lista arrivata seconda per numero di voti che non è collegata con il socio di maggioranza. Poiché l’amministratore di minoranza deve essere almeno uno, non c’è tanto bisogno del voto di lista ma questo è previsto più che altro per semplificare il procedimento assembleare di nomina degli amministratori.

Nelle società non quotate, dove questo problema non c’è, l’utilizzo statutario del voto di lista serve essenzialmente per derogare alla regola normale secondo cui la maggioranza nomina tutti gli amministratori. Serve per far figurare all’interno del consiglio amministratori che siano espressione di soci diversi.

**COME SI PRESENTA IN CONCRETO LA LISTA**

Lo statuto è molto libero nella determinazione del funzionamento di queste liste.

Nella pratica è possibile trovare di massima due schemi.

Un primo schema è quello delle liste contrapposte: quando le liste non contengono il numero esatto di amministratori da eleggere ma un numero inferiore.

Ad esempio, se per statuto devono essere eletti 9 amministratori, ci sarà una lista o n liste con numero di candidati inferiori a 9. Allora, dalla lista di maggioranza si prenderanno i 7 amministratori, gli altri due invece verranno presi dalle liste che hanno ottenuto un numero più basso di voti.

Nel caso in cui vi siano 3 liste, quelli di minoranza verrebbero scelti uno dalla lista che è arrivata seconda e l’altro dalla lista che è arrivata terza.

Lo schema può essere complicato e articolato per far partecipare più amministratori di minoranza che non siano espressioni di un’unica minoranza ma di diverse. Ad esempio, è il caso delle imprese familiari: ci sono più rami all’interno di una famiglia e il sistema permetterebbe a ciascuno di essi di essere rappresentato. Un secondo sistema molto diffuso prende il nome di “sistema per quozienti” ed è un po’ più complicato: le liste sono redatte esattamente per il numero di amministratori che devono essere eletti.

Dall’esempio di prima, se il numero di amministratori sono 9, ogni lista dovrà avere un elenco di 9 amministratori aspiranti alla carica.

Tale sistema prevede che affianco al nome di ogni candidato vi sia anche un numero, ordinato in modo progressivo.

Le liste vengono poi sottoposte ai voti ed ogni lista otterrà un certo numero di voti.

A tal punto, il numero complessivo di voti ottenuti dalla lista viene suddiviso per il numero dei candidati presenti nella lista: ad esempio, 600 voti diviso 1 🡪 quoziente associato al capolista; 600 diviso 2 🡪 quoziente associato al secondo; 600 diviso 3 🡪 quoziente associato al terzo e così via. Questo accade per ogni candidato di ogni lista e quindi ogni candidato alla fine avrà un quoziente.

Tutti i quozienti vengono ordinati per numero decrescente. Primo sarà il candidato che ha ottenuto il quoziente più alto (idealmente sarà il capolista della lista che ha preso più voti); il secondo sarà quello che ha ottenuto il secondo quoziente più elevato.

In questo modo tra i primi 9 non ci sono solo quelli della prima lista ma anche quelli della seconda e della terza lista. Così ogni lista ha la possibilità di avere un rappresentante all’interno del consiglio.

L’ordine dei candidati all’interno della lista è libero. Sono i soci e gli amministratori che propongono la lista a decidere liberamente chi deve essere capolista e chi deve essere ultimo. Normalmente è impossibile per chi è ultimo riuscire ad essere eletto salvo che la lista più votata sia l’unica ad essere votata.

Nel caso in cui un soggetto non sia eleggibile passa il soggetto successivo.

Nel confezionare queste liste vanno scelti dei candidati che di massima hanno i requisiti per essere amministratori. Infatti, per la formazione delle liste si fa attenzione a che tutti i candidati abbiano potenzialmente le caratteristiche per essere amministratori.

**Domanda**: Un socio amministratore può presentare più di una lista?

**Risposta**: La risposta è totalmente negativa! Il diritto di voto, come il diritto di intervento, è unico e in quanto tale va esercitato nella sua unità: qui significa poter presentare solo una lista.

Un possibile problema sono le liste collegate: quando ci sono soci che si mettono d’accordo tra di loro per combinare le liste. Rappresentano un problema proprio perché bisogna sempre rispettare il principio di unità del diritto di voto.

**Domanda**: Sarebbe possibile per una stessa persona essere iscritto in più di una lista?

**Risposta**: Di massima sarebbe possibile, anche se si rischia di aggirare il principio di unità del diritto di voto. Se per esempio una persona è presente in due liste, in modo tale di impedire alla terza lista di avere un rappresentante, allora è abusato il sistema dell’esercizio del voto di lista e ovviamente questo non può accadere. Dunque, di massima una persona non può figurare in due liste diverse.

Il principio guida nella formazione di queste liste è sempre quello di unità del diritto di voto.

**Domanda**: Se il CdA presentasse gli stessi soggetti attualmente in carica, nella pratica ci sarebbero problemi in relazione all’ordine nominale?

**Risposta**: Non c’è nessun problema, si metteranno loro d’accordo su chi figura capolista e chi invece è l’ultimo della lista.

**Domanda**: Lo statuto prevede la soglia minima per presentare la lista, ma se questa soglia minima è rispettata solo da un socio cosa succede?

**Risposta**: Le soglie minime delle liste non sono casuali nel senso che rispettano la compagine di quella società. Nulla impedisce che se per qualunque ragione esiste una sola lista, di fatto la lista nomina tutti gli amministratori.

Il problema si può porre nel caso in cui nel sistema a liste contrapposte, l’unica lista non abbia tutti gli amministratori per completare il consiglio. Allora quest’unica lista elegge tutti e gli altri due/tre vengono nominati con proposta estemporanea fatta in sede assembleare.

**LEZIONE 20 05/05/2021**

**DOMANDA:** l’amministratore può essere dipendente della società?

**RISPOSTA:** tale problema è irrisolto, è un problema controverso e l’ordinamento del tutto prevalente è in senso negativo: cioè il dipendente non può assumere la qualifica di amministratore della società. C’è una sorta di conflitto tra la posizione di amministratore e quella del dipendente e quindi mancherebbe una condizione per poter essere nominati sulla base dell’interpretazione che ne dà, soprattutto la giurisprudenza (anche giuslavoristica).

**DOMANDA:** Il socio sovrano può essere dipendente della società?

**RISPOSTA:** Certamente. Esiste anche un fenomeno finalizzato a promuovere l’azionariato dei dipendenti, pur essendo una situazione anomala.

**DOMANDA**: Qual è la differenza tra socio sovrano e socio tiranno?

**RISPOSTA**: Il socio sovrano viene utilizzato come sinonimo di socio di controllo. In letteratura, per il socio che ha posizione di controllo, si usava e si utilizza tutt’ora l’espressione di socio sovrano.

Invece, il socio tiranno è una figura che è stata coniata da parte di chi ha teorizzato la figura dell’imprenditore occulto. L’autore che ha teorizzato l’imprenditore occulto aveva detto che “imprenditore occulto” può essere anche il socio tiranno. Il socio tiranno è chi, mettendo e togliendo, facendo e disfacendo, disapplica più o meno allegramente le norme di diritto societario (es: confusione tra patrimoni; prendere decisioni senza rispettare le regole decisorie della società; svolgere attività gestoria senza essere amministratore🡪questi sono tutti indici di colui che se ne infischia allegramente delle norme di diritto societario= SOCIO TIRANNO.)

Il socio tiranno era stato un po’ teorizzato nella prospettiva di attribuirgli l’imputazione dell’impresa, dunque di ricondurre l’impresa in capo a lui e renderlo così “imprenditore” cioè responsabile, anche penalmente, delle obbligazioni dell’impresa svolta.

Solitamente il socio tiranno viene definito come testa di legno, prestanome ecc. ma in realtà la figura di questi è un pò il dominus dell’impresa svolta dalla società.

**REVOCA DEGLI AMMINISTRATORI**

La revoca degli amministratori è un potere ad appannaggio esclusivo dei soci e quindi si realizza all’interno di una S.p.a., nell’ambito dell’assemblea. L’assemblea ordinaria, allo stesso modo di come nomina, revoca.

La revoca è un potere molto importante: i soci esercitano di fatto un controllo in senso lato sugli amministratori e quindi valutano il merito delle scelte di gestione fatte dagli amministratori. I soci revocano gli amministratori nella misura in cui non sono soddisfatti del modo in cui la gestione viene condotta.

La revoca può avvenire per giusta causa, come reazione ad un inadempimento dell’amministratore. Al tempo stesso, però, la revoca può avvenire senza giusta causa ->ovvero quando il socio non gradisce come l’amministratore sta gestendo.

È evidente che se si revoca senza giusta causa, l’amministratore può richiedere il risarcimento del danno e di fatto ha diritto ad ottenere il danno che quella revoca ha provocato. Ma di per sé la revoca è sempre legittima: la revoca che proviene dai soci non deve essere necessariamente giustificata, salvo il risarcimento del danno.

Con riferimento alla revoca, dal punto di vista non solo teorico ma anche pratico, si pone il problema di quando la nomina degli amministratori è riservata.

Ci possono essere almeno 2 casi in cui la nomina degli amministratori può essere riservata:

1. Lo stato o altro ente pubblico, ai sensi dell’art. 2449
2. Eventuali titolari di strumenti finanziari partecipativi ai quali è attribuito questo potere.

\*PROBLEMA: Se esiste potere di nomina, esiste anche il potere di “REVOCA RISERVATA”?

(Cioè così come ho nominato, posso allo stesso modo revocare l’amministratore?)

Di principio la risposta è negativa, altro è la nomina ed altro è la revoca-> si tratta di due vicende autonome ed indipendenti della figura dell’amministratore. Dunque, la revoca riservata normalmente è una figura che non esiste.

La revoca rimane in capo all’assemblea laddove non è stabilito diversamente dalla legge o eventualmente dallo Statuto, ad esempio nel momento in cui si prevede che i titolari di strumenti finanziari partecipativi abbiano il diritto a nominare un amministratore.

La legge lo prevede all’art.2449, cioè attribuisce all’ente pubblico socio (laddove lo Statuto riconosce all’ente pubblico socio il potere di nomina) anche il potere di revoca. In questo caso l’amministratore a nomina pubblica è sottratto dal vaglio di controllo da parte dell’assemblea perché questa non revoca l’amministratore nominato da parte del socio ente pubblico🡪 in questo caso è la legge che attribuisce la revoca riservata.

Ma nulla è vero con riferimento al titolare di strumento finanziario partecipativo, la legge parla solo di nomina e quindi eventualmente deve essere la norma statutaria che attribuisce anche il diritto di revoca riservata.

Quindi l’assemblea mantiene il controllo sull’organo amministrativo ivi compreso l’amministratore nominato dai titolari di strumenti finanziari partecipativi.

Altro problema caldo dal punto di vista pratico è in riferimento alla revoca degli amministratori nominati mediante il sistema di lista: se l’assemblea revoca l’amministratore o alcuni amministratori, dove si prendono i sostituti?

Laddove l’assemblea revoca, questa deve anche immediatamente nominare i sostituti per ricomporre l’organo amministrativo.

Nel caso in cui la nomina sia affidata al sistema per liste, dove si prende l’amministratore che sostituisce quello revocato?

Questo è un problema aperto, spesso la questione è risolta dal piano statutario: cioè sono trovate delle clausole che sono abbastanza precise sul punto e comunque contemplano le eventualità. Molto spesso le clausole statutarie stabiliscono che gli amministratori revocati devono essere sostituiti attingendo dalla lista da cui quell’amministratore è tratto, sempre che la lista abbia soggetti disponibili per la sostituzione.

Questo accade normalmente nelle liste di minoranza mentre non accade o potrebbe non accadere nelle liste di maggioranza poiché in quel caso è la maggioranza che revoca e sceglie essa stessa il soggetto che va a sostituire l’amministratore revocato.

Si tratta di questioni un po’ particolari che sono anche controverse dal punto di vista operativo.

L’altra questione che va osservata è quella che riguarda l’eventuale rinuncia da parte dell’amministratore: per diverse ragioni, l’amministratore nominato in corso di mandato potrebbe esercitare una rinuncia all’incarico.

In questo caso il problema riguarda *l’efficacia della rinuncia*, cioè quando questa rinuncia (atto unilaterale recettizio) produce effetti.

Teoricamente dovrebbe produrre effetti quando questo atto perviene al destinatario e cioè la società. >> Quando io rinuncio, comunico la rinuncia e quando la rinuncia viene acquisita dal consiglio di amministrazione questa produce i suoi effetti in via immediata (come ogni atto unilaterale recettizio).

Questa cosa è comunque vera ai sensi dell’art. 2385 nella misura in cui rimane in carica la maggioranza dell’organo amministrativo.

Dunque, le dimissioni sono immediatamente efficaci se rimane in carica la maggioranza dell’organo amministrativo-> l’amministratore decade dall’incarico quando la società ha notizia della rinuncia.

In questa eventualità si pone il problema di reintegrare l’organo amministrativo.

Se la rinuncia produce subito effetto, è chiaro che si rende monco l’organo amministrativo che deve essere immediatamente reintegrato.

In questo caso la reintegrazione dell’organo amministrativo avviene su iniziativa dell’organo stesso mediante un sistema che prende il nome di *cooptazione*: cioè l’organo amministrativo sceglie il soggetto che va a reintegrare l’amministratore o gli amministratori dimissionari.

Si tratta di una delibera consiliare con cui si cooptano l’amministratore o gli amministratori che devono sostituire i dimissionari.

Anche qui vale il discorso fatto per la revoca assembleare, soprattutto nel caso di elezione mediante il sistema per liste-> bisogna capire se il consiglio di amministrazione deve andare a scegliere dalle liste da cui l’amministratore dimissionario è stato eletto oppure no.

Anche questo problema, pur essendo non pacifico dal punto di vista teorico e pratico, è spesso risolto dalle norme statutarie perché queste stabiliscono l’eventualità che la cooptazione debba avvenire tramite gli amministratori delle liste a cui appartiene l’amministratore dimesso dall’incarico.

Invece il discorso è più delicato quando la dimissione (cioè rinuncia all’incarico) fa venir meno la maggioranza dell’organo amministrativo.

Ad esempio: immaginate un organo amministrativo di 5 membri, se si dimette uno questo può essere sostituito tramite cooptazione e quindi si reintegra. In questo caso però i soggetti nominati dall’assemblea sono 4 e nella misura in cui se ne dimettessero altri 2 è chiaro che verrebbe meno la maggioranza dell’organo così come nominato dall’assemblea. Quindi quando le dimissioni fanno venir meno la maggioranza dell’organo amministrativo nominato dall’assemblea, allora le dimissioni non sono immediatamente efficaci.

Si realizza un periodo chiamato “*periodo di prorogatio*”-> non è immediatamente efficace la dimissione perché a questo punto bisogna tornare in assemblea, il consiglio rimasto in carica deve nominare o convocare un’assemblea per provvedere alla sostituzione degli amministratori dimissionari, in modo tale che la sostituzione degli amministratori dimissionari avvenga attraverso una delibera assembleare.

Così facendo le dimissioni producono efficacia subito dopo che l’assemblea ha deliberato sulla nomina dei sostituti, altrimenti le dimissioni rimangono congelate sul piano degli effetti-> l’amministratore dimissionario è in carica in regime di proprogatio attendendo che l’assemblea proceda alla sostituzione.

**DOMANDA**: l’amministratore cooptato non deve essere confermato ai soci dall’assemblea?

**RISPOSTA**: Sicuramente si, però in realtà non c’è un dovere dell’organo amministrativo di convocare l’assemblea per confermare la cooptazione. L’assemblea confermerà la cooptazione quando sarà convocata e quindi occorre attendere la prima assemblea utile, che spesso potrebbe essere l’assemblea di bilancio.

Se, invece, bisogna sostituire la maggioranza dell’organo amministrativo come nominato, allora va convocata un’assemblea ad hoc per poter procedere alla sostituzione e nel frattempo gli amministratori dimissionari rimangono in carica.

Un altro aspetto da tener presente è che gli amministratori sostituiti, vuoi su iniziativa assembleare o vuoi per cooptazione (eventualmente poi confermata dall’assemblea), rimangono in carica per il residuo mandato degli amministratori nominati.

Es: se un consiglio è stato nominato l’anno scorso, l’eventuale amministratore che va a sostituire uno dimissionario rimarrà ancora in carica per la frazione di tempo per cui è stato eletto il consiglio.

Un’ulteriore precisazione da fare si ha guardando il quarto comma dell’art.2386, tale norma recita in questo modo: *Se particolari disposizioni dello statuto prevedono che a seguito della cessazione di taluni amministratori cessi l'intero consiglio, l'assemblea per la nomina del nuovo consiglio è convocata d'urgenza dagli amministratori rimasti in carica; lo statuto può tuttavia prevedere l'applicazione in tal caso di quanto disposto nel successivo comma.*

Normalmente nei casi in cui il consiglio deve svolgere una funzione compositoria (la funzione compositoria è affidata al sistema delle liste), tale funzione è tutelata o rafforzata dalla presenza nello Statuto di particolari disposizioni che rappresentano la cosiddetta clausola “*simul stabunt simul cadent*”🡪 clausola ricorrente nei casi in cui gli statuti societari debbano svolgere una funzione compositoria.

* *simul stabunt simul cadent=* quando vengono meno uno o più amministratori, a seconda di quanto dispone la clausola, viene meno l’intero organo amministrativo.

(es: se mi dimetto o decado dall’incarico o qualunque sia la ragione che faccia cessare la mia carica da amministratore, in questo caso viene meno l’intero consiglio)

In una sentenza molto importante di qualche anno fa, riguardante il caso Telecom, c’era stata la dimissione progressiva dei componenti dell’organo amministrativo fino al punto di far scattare la clausola simul stabunt simul cadent.

Qui il primo problema che si è posto, e poi correttamente risolto dal tribunale di Milano, parte dalla clausola che dice: se viene meno un amministratore, cade l’intero consiglio (non è così nel caso dello Statuto di Telecom ma è per semplificare).

Problema che ne deriva: l’amministratore che, ad esempio, si è dimesso, tali dimissioni sono immediatamente efficaci oppure la clausola simul stabunt simul cadent mantiene ancheil dimissionario in regime di prorogatio?

La risposta corretta che ha dato il tribunale di Milano nella vicenda Telecom è stata: l’amministratore dimissionario è dimissionario subito e quindi gli effetti delle dimissioni sono immediate; gli amministratori superstiti che, a questo punto, rimangono in carica in regime di prorogatio devono, anziché cooptarsi, immediatamente convocare l’assemblea in via di urgenza affinché si provveda al rinnovo dell’organo amministrativo🡪 in questo caso l’assemblea deve sostituire tutto l’organo amministrativo perché la clausola di cui stiamo parlando fa cadere, con le dimissioni di uno degli amministratori, tutto l’organo amministrativo.

Il punto che è stato correttamente messo in evidenza dalla vicenda è che la clausola *simul stabunt simul cadent* non impedisce alle dimissioni di essere immediatamente efficaci se rimane in piedi la maggioranza del consiglio eletto dall’assemblea🡪 le dimissioni vengono ad essere immediatamente efficaci e l’organo sono gli amministratori superstiti che rimangono in regime di prorogatio e che devono procedere a convocare l’assemblea in via di urgenza al fine di rinnovare il consiglio.

Questa cosa evidente può essere anche modificata da parte dello Statuto; lo Statuto con riferimento alla clausola *simul stabunt simul cadent* può disporre come crede.

Ci sono delle clausole attraverso cui la dimissione di qualche amministratore fa venir meno con efficacia immediata l’intero consiglio (vengono meno anche gli amministratori superstiti e quindi non rimangono in carica seppur in regime di prorogatio)-> in questo caso si pone il problema di chi deve convocare l’assemblea per nominare l’organo amministrativo e soprattutto chi deve gestire la società in pendenza di convocazione assembleare.

Il comma 5 dell’art.2386 attribuisce all’organo di controllo, in particolare al collegio sindacale, l’importante funzione sostitutiva dell’organo amministrativo.

L’organo di controllo deve:

* In primo luogo, in quanto sostituisce l’organo amministrativo, convocare l’assemblea per procedere al rinnovo dell’organo amministrativo;
* successivamente, gestire l’impresa in pendenza di convocazione.

In questa eventualità, l’organo amministrativo deve limitarsi alla cosiddetta gestione ordinaria, cioè fare l’ordinario: atti conservativi nell’attesa che venga nominato il nuovo organo amministrativo

**DOMANDA**: Questa clausola potrebbe generare abusi da parte del singolo amministratore?

**RISPOSTA**: Assolutamente sì, è facilmente intuibile dalla vicenda Telecom. L’ordinanza del tribunale di Milano è stata occasionata da un comportamento ritenuto fazioso da parte di alcuni amministratori di questa società. Gli amministratori espressi dal socio di maggioranza relativa progressivamente si erano dimessi fino a far scattare la *simul stabunt simul cadent.*

Il giudice chiamato a decidere lo ha fatto anche in considerazione del comportamento ritenuto abusivo.

**DOMANDA**: qual è il vantaggio di immettere una clausola di questo tipo all’interno dello Statuto? Se la società è di grandi dimensioni, il collegio sindacale composto ad esempio da 3 membri, è in grado di gestire fino alla convocazione dell’assemblea?

**RISPOSTA**: Il discorso è speculare nell’ipotesi in cui una società, soprattutto una società finanziaria o bancaria, venga assoggettata ad amministrazione straordinaria (ma la situazione non è diversa se è assoggettata a concordato preventivo) si hanno poteri limitati, i tempi per la convocazione dell’assemblea sono tendenzialmente brevi.

Questa è la disposizione, poi rimane in piedi tutto l’apparato che caratterizza la funzione amministrativa che ha una tecno-struttura burocratica importante (soprattutto nelle società quotate).

**LA STRUTTURA DELL’ORGANO AMMINISTRATIVO**

Si considera in questo caso l’ipotesi in cui l’organo amministrativo sia un consiglio, in quanto se l’organo è unipersonale non si può parlare di una struttura.

In presenza di un consiglio, quindi, l’organo amministrativo è un consiglio di amministrazione, in cui cioè le decisioni gestorie devono essere assunte applicando la regola collegiale, al pari di quanto si è visto per l’assemblea.

Le cose da tenere presenti nell’ambito del consiglio di amministrazione sono tre:

* **Il presidente del consiglio**;
* **La validità della deliberazione consiliare** (cioè quando le delibere sono validamente assunte e quando eventualmente possono essere invalidate);
* **L’istituto della delega gestoria**.

**IL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE**

Il presidente del CdA rappresenta una figura immancabile e può essere nominato dalla stessa assemblea che nomina l’organo oppure, in mancanza, viene nominato tramite delibera del consiglio alla prima adunanza. In particolare, il presidente detiene tutta la funzione ordinatoria del consiglio, cioè, di fatto, convoca il consiglio, fissa l’ordine del giorno e regola i lavori che devono essere svolti all’interno del consiglio.

Normalmente chi viene nominato come presidente del CdA svolge solo la funzione di presidente, quindi risulta essere un amministratore che non ha incarichi esecutivi. Tuttavia, nulla esclude in astratto che il presidente possa avere anche incarichi esecutivi (ad esempio risulti delegato): in quel caso, il connubio tra le due figure è soprattutto ricorrente nelle piccole società non particolarmente importanti dal punto di vista quantitativo, in cui è appunto possibile che la figura del presidente venga unita a quella dell’amministratore delegato. In linea di massima, comunque, la figura del presidente è una figura in sé rilevante e quindi autonoma.

**LA VALIDITÀ DELLA DELIBERAZIONE CONSILIARE**

Il problema riguarda essenzialmente i quorum che permettono di costituire validamente il consiglio, i cosiddetti quorum costitutivi, e i quorum deliberativi.

Il dato normativo sul punto stabilisce dei quorum costitutivi e deliberativi, e in particolare il primo è rappresentato dalla maggioranza degli amministratori, mentre il secondo è rappresentato dalla maggioranza dei presenti.

Stando al tenore letterale della norma, si tratta di quorum che operano in via suppletiva, cioè salvo che lo statuto non stabilisca diversamente.

Con riferimento al quorum costitutivo, è, infatti, possibile che lo statuto preveda un numero più alto di amministratori per costituire validamente il consiglio (e pertanto la maggioranza non basti).

Nello stesso senso, (secondo il professore) sarebbe da intendersi la possibilità di modificare il quorum deliberativo, anche se, in merito, la norma rinvia ad una generica disposizione statutaria (“il quorum deliberativo è la maggioranza degli intervenuti, salvo che lo statuto non disponga diversamente”).

Riguardo quest’ultimo punto, sembrerebbe che, per le stesse ragioni richiamate con riferimento ai quorum assembleari, anche qui valga lo stesso concetto secondo cui il quorum deliberativo possa essere eventualmente elevato o ridotto.

In questo senso, possono quindi essere previsti dei quorum deliberativi più elevati rispetto alla maggioranza assoluta degli intervenuti in consiglio e non un numero inferiore.

A questo punto, si pone, esattamente come nel caso dell’assemblea, il problema di quanto effettivamente possano essere aumentati i quorum costitutivi e deliberativi.

Con particolare riferimento all’aumento del quorum costitutivo, il professore si ritiene non eccessivamente dubbioso nel ritenere ammissibile una clausola che richieda la presenza dell’intero consiglio di amministrazione, quanto meno per determinate decisioni in alcune S.p.a.

Diverso è, invece, il discorso per quanto riguarda il quorum deliberativo del consiglio: sul punto, lo statuto può prevedere diversamente, quindi può aumentare la maggioranza richiesta per deliberare in maniera valida, ma ci si chiede di fatto di quanto lo statuto possa aumentare i quorum. In particolare, ci si chiede se sia possibile che si richieda nello statuto l’unanimità degli amministratori per poter deliberare. In tale ipotesi, il professore ritiene di avere molti dubbi in merito, sebbene vi siano degli statuti anche di società importanti che per i loro consigli di amministrazione prevedono dei quorum deliberativi all’unanimità. A detta del professore, non si può comunque affermare quanto tale clausola sia valida ed efficace, perché c’è il rischio che impalli il funzionamento del consiglio.

È, in ogni caso, certo che una tale clausola non possa essere prevista per alcune decisioni vitali nello svolgimento dell’attività di impresa, come ad esempio per la decisione di approvazione del progetto del bilancio di esercizio[[1]](#footnote-1).

Si tratta in ogni caso di una questione piuttosto particolare, per cui non c’è unanimità di vedute sul piano delle conclusioni, motivo per il quale risulta consigliato guardare alle clausole unanimistiche relative ai quorum deliberativi con estrema attenzione.

Leggermente più permissivo risulta, invece, l’autore della parte in questione nel manuale che sembra ammettere delle conclusioni più elastiche sul punto.

In conclusione, il problema dei margini sull’autonomia statutaria con riferimento ai quorum si ripropone anche nel CdA e anche per il CdA deve essere guardato con gli stessi limiti e le stesse attenzioni viste con riferimento all’assemblea.

**DOMANDA**: Gli stessi criteri di modifica al rialzo (e non al ribasso) rispetto al dato normativo sono speculari per la S.r.l.?

**RISPOSTA**:No. La srl (di cui si parlerà nel seguito) ha delle logiche molto di verse. Infatti, essendo nella S.r.l. ipoteticamente introducibile un modello di amministrazione congiuntiva, non sarebbero da escludere clausole unanimistiche come funzionamento del CdA.

**DOMANDA**: Come vengono computati i consiglieri astenuti ai fini di un quorum deliberativo?

**RISPOSTA**: L’astensione è un non voto, pertanto se un consigliere si astiene non concorrerà a formare il quorum deliberativo. Il professore ritiene sia sempre meglio non astenersi e, nel dubbio, suggerisce di votare in maniera contraria a una delibera.

Un’altra cosa che va sicuramente rimarcata riguardo il consiglio di amministrazione riguarda il fatto che la prestazione dell’amministratore è una prestazione strettamente personale, per cui l’amministratore non può farsi sostituire all’interno del consiglio e il voto non può essere dato per rappresentanza. La ragione di un simile divieto risiede nel fatto che l’amministratore è chiamato a rispondere delle sue azioni ed è di conseguenza esposto al rischio di risarcimento del danno.

**L’INVALIDITÀ DELLA DELIBERAZIONE CONSILIARE**

Un altro importante problema riguarda l’invalidità delle delibere consiliari, cui viene dedicato il comma 4 dell’art. 2388, che per un verso sembra richiamare le considerazioni fatte con riferimento all’invalidità delle delibere assembleari. Infatti, anche le delibere consiliari sono invalide o possono essere invalidate se non conformi alla legge o allo statuto. In merito, bisogna sottolineare che la disciplina sul CdA della S.p.a. fa esplicitamente riferimento alle “delibere non conformi alla legge o allo statuto”, intendendo così qualunque non conformità alla legge o allo statuto. In questo caso quindi non c’è una vera e propria gradazione di violazioni (come per le delibere assembleari), in quanto tutte le violazioni sono considerate sostanzialmente uguali, e di conseguenza se la delibera non è presa in conformità alla legge o allo statuto per qualunque ragione o difformità, la delibera risulta invalida.

(Questo problema, come vedremo successivamente, si pone nelle S.r.l. in termini molto diversi, in quanto l’unica violazione che sembra contare è il conflitto di interessi.)

L’invalidità della delibera deve essere fatta valere impugnando la stessa su iniziativa degli amministratori assenti o dissenzienti[[2]](#footnote-2) o del collegio sindacale entro il termine di novanta giorni[[3]](#footnote-3).

Inoltre, sempre il comma 4 dell’art. 2388 stabilisce che possono essere impugnate dai soci le delibere consiliari che risultano essere lesive dei loro diritti, applicando, in quanto compatibili, gli artt. 2377 e 2378[[4]](#footnote-4). I soci, pertanto, possono impugnare le delibere consiliari solo ed esclusivamente nel caso in cui queste risultino lesive dei loro diritti, ma ci si chiede quali siano di fatto le delibere lesive dell’interesse dei soci. L’interpretazione più convincente inerente quest’ultimo punto sembra essere quella di chi ha ritenuto che le delibere lesive dei diritti dei soci siano quelle che ledono quei diritti considerati diritti dei soci in quanto diritti sociali (es. Si immagini che al CdA sia stato delegato l’aumento del capitale sociale e che il CdA abbia deliberato il suddetto aumento dil capitale violando il diritto di opzione, quindi non considerando del tutto o non considerando correttamente il diritto di opzione. In questo caso, si parla di diritto sociale del socio che è stato leso, in quanto non si garantisce al socio di sottoscrivere l’aumento di capitale. Con riferimento a casi simili, quindi quando sono toccati i diritti sociali facenti capo ai singoli soci, i soci possono reagire impugnando la delibera).

Come detto sopra, il comma 4 richiama l’art. 2377 in quanto compatibile: tale richiamo probabilmente vuol dire che la legittimazione ad impugnare tali delibere non è una legittimazione che grava sul socio in quanto tale, ma è una legittimazione attribuita alla minoranza che può impugnare le delibere assembleari. Come visto precedentemente, le delibere assembleari possono essere impugnate a seconda che la società sia chiusa o aperta (se chiusa possono essere impugnate dal 5% del capitale sociale; se aperta possono essere impugnate dall’uno per mille), pertanto sembra che il richiamo dell’art. 2377 voglia dire che queste delibere lesive non possono essere impugnate dal singolo socio (il quale semmai avrà un diritto al risarcimento del danno che la delibera ha provocato), ma possono essere impugnate da una minoranza qualificata, che è una minoranza non diversa da quella che può impugnare le delibere assembleari.

**DOMANDA**: Tutti i soci sono legittimati ad impugnare la delibera?

**RISPOSTA**: Non tutti i soci dovrebbero essere legittimati, ma solo i soci specularmente investiti della legittimazione ad impugnare le delibere assembleari.

**L’ISTITUTO DELLA DELEGA GESTORIA**

Una domanda riguardante il momento dal quale decorre il termine per impugnare: il dato normativo fa riferimento alla delibera ovvero i 90 giorni che decorrono dalla delibera e il termine rimane quello, non guardando un eventuale iscrizione della delibera nel Registro delle imprese perché gli unici legittimati ad impugnare sono gli amministratori o il Collegio sindacale. I 90 giorni decorrono da quando la delibera è assunta, cioè quando è redatto il verbale ed iscritto nel libro delle delibere del CdA.

# DELEGA GESTORIA

È la possibilità che il consiglio deleghi parte delle sue funzioni o ad uno degli amministratori (diventando amministratore delegato) oppure ad un gruppo di amministratori (costituiscono il comitato esecutivo).

Nulla esclude che ci possa essere sia l’amministratore delegato che il comitato esecutivo, le 2 figure sono complementari e quindi non ci sia soltanto uno piuttosto che l’altro.

La prima cosa da osservare è qual è la funzione della delega? Derogare dalla regola collegiale: se l’organo amministrativo opera come Collegio allora le decisioni sono rimesse all’organo, quindi alla discussione che avviene nell’organo ed è chiaro che questa funzione potrebbe andare in conflitto con la funzione d’efficienza.

Per poter derogare alla regola ordinaria (regola del collegio) si dà la possibilità al collegio di istituire/attribuire delle deleghe: possono investire o un singolo amministratore o alcuni e quindi creando il comitato esecutivo.

Una questione che va affrontata è: quando il consiglio può attribuire queste deleghe? Qual è il presupposto al quale il consiglio può attribuire queste deleghe? La norma di riferimento è **l’art 2381 cc** comma 2 prevede che la delega venga subordinata ad un’autorizzazione da parte dei soci. L’autorizzazione da parte dei soci può esser data o nello Statuto (può autorizzare il CdA ad autorizzare deleghe) oppure nell’assemblea. In questo caso la delega sarà autorizzata.

Il consiglio potrebbe, a prescindere dall’autorizzazione dell’assemblea o dello Statuto, dare una delega ad un componente o un gruppo di amministratori  delega non autorizzata o interna.

Capire qual è la differenza tra delega autorizzata e non autorizzata? Non si capisce quale sia la differenza sul piano normativo, ma sembra che la differenza riguardi le materie che possono essere delegate. La portata di una delega autorizzata è più ampia rispetto alla portata di quella non autorizzata che può solo comprendere alcune materie.

# Delega autorizzata

L’art 2381 cc dal secondo comma si occupa esclusivamente della delega autorizzata.

Qual è l’oggetto della delega? Per ricostruire l’oggetto si deve guardare il quarto comma dell’articolo che stabilisce un perimetro esterno ovvero le materie che non possono costituire oggetto di delega.

* Non possono costituire oggetto di delega le materie di cui agli artt 2420-ter, art 2423, art 2443, art 2446, art 2447, art 2501-ter e art 2506-bis.
* Non può essere oggetto di delega, la delega che ha avuto il Consiglio di Amministrazione: per esempio se il CdA è stato delegato ad aumentare il capitale sociale ovvero è stato delegato ad emettere un prestito obbligazionario convertibile è chiaro che la delega non è suscettibile di essere ulteriormente delegata.
* Non possono essere delegate le decisioni che l’organo amministrativo deve prendere nei casi di riduzione obbligatoria del capitale sociale perché ci sono delle competenze che l’organo deve assumere e quindi queste materie non possono esser delegate
* Non può essere delegato tutto ciò che rappresenta una proposta dell’organo amministrativo nei confronti dei soci: innanzitutto la proposta di bilancio che non può essere delegata.
* Non può essere delegato il progetto di fusione o scissione perché sono proposte che l’organo fa all’indirizzo dei soci
* Questo elenco non è esaustivo perché ci sono altre materie che non possono essere delegate e cioè quelle materie che hanno conseguenze sul piano organizzativo della società: decisioni che possono modificare la struttura organizzativa (es. le obbligazioni non convertibili che sono di competenza dell’organo) e la decisione di chiedere l’apertura di un concordato preventivo

Leggendo il terzo comma e il quinto comma dell’art 2381, per esempio, si capisce che può esser delegato la cura degli assetti organizzativi (amministrativi, contabilità) perché non sono decisioni che modificano la struttura organizzativa.

La cura degli assetti significa accertare che la struttura organizzativa sia rispondente alle esigenze funzionarie di efficienza della società ed attivarsi nel caso in cui non lo sia.

Può esser delegato tutto ciò che rientra nella cosiddetta gestione strategica e quindi la preparazione dei piani industriali/finanziari (budget produzione, di vendita ecc).

Può esser delegata tutta la gestione corrente che costituisce la materia principale che costituisce oggetto di delega.

# Delega non autorizzata

La delega può avere ad oggetto solo la gestione corrente, quindi non può avere né la cura degli assetti né l’alta gestione perché, senza autorizzazione da parte dei soci, sono materie che devono rimanere nel Consiglio.

La differenza, dal punto di vista pratico, tra le due deleghe sta sul contenuto: la delega non autorizzata ha ad oggetto SOLO l’alta gestione.

Può essere delegata anche la gestione straordinaria, ma il problema è comprendere cosa significa perché non è un concetto facilmente intellegibile nel diritto dell’impresa. Ci sono dei casi di deleghe sulla gestione ordinaria, ma il problema è capire cosa significa.

# Quali sono i compiti dei delegati, a prescindere che la delega sia autorizzata o non?

Il delegato deve attuare concretamente la delega e compiere tutte le operazioni di gestione che rientrano nell’ambito della delega.

Il delegato ha doveri che sono di carattere informativo: deve riferire al Consiglio, con una certa tempistica semestrale, come sta attuando la delega. Deve riferire sul generale andamento della gestione o della gestione dell’eventuali società controllate. Il dovere informativo è funzionale per consentire al Consiglio di svolgere il suo ruolo che è quello di controllo e di agire quando ritiene che la delega non venga correttamente attuata. Il consiglio può reagire in due modi:

* Può agire riprendendo, anche parzialmente, le materie che costituiscono oggetto di delega: il Consiglio può decidere che, nonostante la delega, su una questione delegata decida il consiglio stesso;
* Può agire attraverso la revoca della delega: la revoca non deve essere necessariamente giustificata.

Tutto questo presuppone comprendere in che modo il Consiglio esercita la funzione di controllo: è importante tener presente il principio presente al sesto comma dell’**art 2381** cc. Questo principio fa riferimento all’agire informato, il controllo deve essere solo informativo e non guardare cosa fa concretamente il delegato.

Il principio dell’agire informato presuppone anche che il consigliere di amministrazione possa richiedere integrazioni informative nei confronti del delegato: se le informazioni messe a disposizione del delegato sono ritenute non sufficienti per poter esprimere un giudizio sull’esercizio della delega, allora gli amministratori possono fare delle richieste specifiche di integrazione di queste informazioni.

Il Consiglio può sempre chiedere che il delegato lo informi su specifici aspetti legati all’esercizio della delega.

# Doveri dell’organo amministrativo

La competenza dell’organo amministrativo è di gestire l’impresa, quindi il dovere del Consiglio di amministrazione è quello di gestire l’impresa.

Ci sono una serie di obblighi specifici che l’organo amministrativo deve osservare durante lo svolgimento dell’attività gestoria: es. obbligo di preparare il bilancio. Quando si tratta di una gestione dell’impresa è difficile fare un elenco degli obblighi.

Bisogna però distinguere una serie di obblighi che vengono qualificati come “obblighi di carattere fiduciario”.

Mentre il dovere di gestione è un dovere di cura, quelli fiduciari fanno riferimento a:

1. Dovere a cui fa riferimento **l’art 2390** cc che stabilisce come dovere di fiducia dell’amministratore nei confronti della società il DIVIETO DI CONCORRENZA: l’amministratore di una spa non può svolgere, per conto proprio o altrui, un’attività in concorrenza con l’attività sociale ovvero essere socio personalmente responsabile di una società che è in concorrenza con l’attività sociale. Si tratta di un divieto disponibile per i soci, nel senso che i soci possono autorizzare attraverso una delega gli amministratori a svolgere attività in concorrenza;
2. **Art 2391, la norma che disciplina l’ipotesi che l’amministratore abbia un interesse verso una determinata operazione.** ( L’amministratore che per proprio conto o per altri abbia, di cui si fa portatore, abbia un interesse verso una specifica operazione ). ( NB: la figura dell’amministratore interessato deve essere osservata come simile alla figura del socio in conflitto d’interesse, in cui vi è la rilevanza dell’interesse particolare rispetto l’interesse generale, ma in questo caso non si fa riferimento all’interesse specifico, ma un interesse generale, quindi il comportamento deve essere quello della trasparenza dell’informazione, ad esempio se l’interesse riguarda il CEO quest’ultimo deve rendere noto il proprio interesse e lasciare la decisione in merito alla valutazione dell’interesse al consiglio di amministrazione ). *Questa norma è importante perché resa nota la forma di interesse dall’organo di amministrazione, rimanda all’organo consiliare il compito di valutare la compatibilità tra gli interessi particolari dell’amministrazione e interesse sociale, di fatto sottrae tale operazione di valutazione della compatibilità all’amministrazione e la rimette al consiglio.* La ragione di tale disciplina, la ratio della norma, è quella di codificare l’idea che all’interno di una spa l’interesse sociale sia un interesse “complesso”, che non coincide con l’interesse di un socio in quanto tale; ma che l’interesse di un socio in quanto tale sia soltanto una parte dell’interesse sociale, ovvero la società è una condivisione di interessi non soltanto da parte degli Shareholders, non soltanto da parte degli azionisti, ma da parte di tutti gli Stakeholders. Di conseguenza il bilanciamento tra l’interesse sociale e l’interesse individuale risulta essere qualcosa di complesso che viene affidato, attraverso la norma, all’organo amministrativo.

In caso di inadempimento, ovvero nel caso in cui l’obbligo di trasparenza non viene mantenuto dall’amministrazione succede che la delibera dell’organo consiliare, diventa una delibera *impugnabile,* invece nel caso in cui tale trasparenza da parte dell’amministrazione vi sia stata e il consiglio abbia valutato in maniera conforme l’interesse particolare rispetto all’interesse sociale la norma stabilisce la possibilità di sindacare la delibera nel caso in cui la delibera sia potenzialmente capace di generare un danno sociale ( il concetto di danno è dibattuto e non chiaro ma potrebbe essere ad esempio una perdita di valore da parte dell’azienda ). La delibera può essere impugnata solo dagli amministratori dissenzienti o nel caso assenti e dall’organo di controllo..

**DOMANDA:**

Qualora gli amministratori violassero la disciplina senza comunicare gli interessi dello svolgimento delle operazioni qual è la disciplina adottata?

**RISPOSTA:**

La delibera consiliare diviene a tutti gli effetti impugnabile. Il dato normativo ammette la possibilità di sindacare la delibera nel caso in cui essa esponga la società ad un danno e sempre che sia stata adottata con voto determinante dell’amministratore in conflitto di interessi.

**LEZIONE 21 11/05/2021**

**I poteri di rappresentanza**

I poteri di rappresentanza sono poteri complementari rispetto ai poteri decisori. Le principali questioni divengono: Come si esegue la decisione? In che modo la rappresentanza può essere esercitata nell’ambito della S.p.A.?

La prima questione che va affrontata a riguardo è l’individuazione dei soggetti titolari della rappresentanza (rappresentanza detta organica, ovvero quella che viene attribuita all’organo della società e non può non ricadere in capo ad uno o alcuni amministratori).

I primi rappresentanti devono essere nominati da parte dell’atto costitutivo. Non può mancare nell’atto costitutivo l’individuazione (o indicazione) dei soggetti titolari del potere di rappresentanza (una carenza dal punto di vista dell’individuazione della rappresentanza potrebbe portare dei problemi dal punto di vista del funzionamento della società).

La scelta potrebbe ricadere su un amministratore (generalmente un amministratore delegato, ma non obbligatoriamente). Il potere di rappresentanza potrebbe però anche essere attribuito a più soggetti (situazione più complicata rispetto all’individuazione di un unico rappresentante). Si pone il problema di capire in che modo il potere di rappresentanza deve essere esercitato. Ad esempio, se i due o più rappresentanti devono lavorare in modo coordinato, operando in modo congiuntivo, oppure se possono operare disgiuntamente, dunque in maniera autonoma l’uno dall’altro.

Lo statuto deve stabilire, nel caso di plurimi rappresentati, come deve essere esercitato il potere della rappresentanza.

Potrebbe presentarsi un problema nel caso in cui lo statuto societario non si esprima sul potere di rappresentanza. Il dato normativo, in questo caso, ci aiuta a superare l’eventuale silenzio dell’atto costitutivo, ovvero: *nel silenzio costitutivo, la rappresentanza si effettua in maniera disgiunta*.

La norma che permette di fondare tale conclusione è l’articolo 2384 c.c[[5]](#footnote-5).

**Art. 2384 c.c. – Poteri di rappresentanza**

Il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori dallo statuto o dalla deliberazione di nomina è generale.

Le limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti non sono opponibili ai terzi, anche se pubblicate, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società.

La norma, nel secondo comma, contiene una enorme eccezione alle regole di funzionamento della pubblicità di impresa: stabilisce che, anche se i limiti al potere di rappresentanza sono pubblicati nel registro delle imprese, questi limiti non sono opponibili nei confronti dei terzi. La possibilità per la società di opporre questi limiti nei confronti dei terzi residua soltanto nell’ipotesi molto remota in cui la società riesca a dimostrare che il terzo ha intenzionalmente agito a danno della società, ovvero nel caso in cui riesca a far valere l’eccezione di dolo.

Tra i principali **limiti statutari** al potere di rappresentanza vi è l’ipotesi di rappresentanza congiunta. Quando lo statuto prevede un obbligo di coordinamento tra i rappresentanti, tale obbligo è già di per sé un limite al potere di rappresentanza. Se lo statuto prevede che il contratto può essere validamente concluso per la società con la firma dei due soggetti che hanno la rappresentanza, nell’ipotesi in cui solo uno dei soggetti firmi il contratto, tale è perfettamente efficace per il terzo. La società rimane vincolata dall’obbligo che scaturisce dal contratto pur essendo violata la regola statutaria della rappresentanza congiunta.

Dato che tale limite statutario è inopponibile al terzo, salvo il caso in cui se ne provi il dolo, è corretto chiedersi se effettivamente tale limitazione al potere di rappresentanza trovi efficacia. L’efficacia del limite della rappresentanza congiunta, infatti, afferisce ad una sfera interna alla società, prevedendo sanzioni di tipo obbligatorio in virtù della responsabilità contrattuale per violazione di obblighi contenuti nello statuto.

Il problema che pone tale norma è l’*ambito di applicazione*, dove effettivamente si applica (questione del tutto analoga a quella che si pone nel 2475 bis, norma gemella per la Srl).

Il limite al potere di rappresentanza di cui la norma fa riferimento dovrebbe essere un limite oggettivo (limite statutario di carattere oggettivo), nel senso che deve limitare il potere per determinati contratti, determinati importi nei contratti, etc.

Tale norma non dovrebbe riguardare limiti soggettivi. Con limite soggettivo (che dovrebbe essere fuori dall’ambito di applicazione del 2384) si fa riferimento al caso in cui il potere di rappresentanza venga esercitato da parte di un amministratore che non è stato investito da parte dello statuto o dalla delibera di nomina. Se lo statuto ha dato il potere di rappresentanza all’amministratore delegato e al presidente del consiglio di amministrazione, individua dunque due soggetti investiti dal potere di rappresentanza, si ha un limite soggettivo nel caso in cui il potere venga esercitato da un diverso amministratore, ovvero da un soggetto che non è stato in alcun modo investito del potere di rappresentanza.

Nel caso in cui il contratto, o un assegno, venisse firmato da un amministratore qualunque (dunque privo del potere di rappresentanza), saremmo di fronte ad un caso di limite soggettivo al potere di rappresentanza. È applicabile la fattispecie del *falsus procurator*, con la conseguenza che il contratto risulti essere inefficace, non vincolando quindi la società salvo che questa non abbia intenzione di ratificare il contratto.

In conclusione, è confermabile il fatto che i limiti statutari al potere di rappresentanza definiti nell’articolo 2384 debbano essere intesi quali limiti oggettivi e non quali limiti soggettivi.

Non dovrebbe rientrare nell’ambito di applicazione del secondo comma dell’art. 2384 la violazione di un eventuale limite legale al potere di rappresentanza; ovvero, non un limite introdotto dallo statuto, ma un limite individuabile nella disciplina del diritto azionario (non un limite apposto dai soci, ma dal legislatore).

Nell’ipotesi in cui la rappresentanza venga esercitata in violazione di un limite legale, tale contratto sarebbe comunque inefficace, in quanto non coperto dal secondo comma dell’articolo 2384 c.c.

Un esempio di limite legale potrebbe essere la violazione della competenza decisionale: ipotesi in cui la legge richiede che una decisione gestoria venga autorizzata o presa dall’assemblea. Come nel caso della materia dei conferimenti sugli acquisti pericolosi, ovvero acquisti effettuati dagli amministratori verso soci fondatori, che se superano determinati ammontari devono essere preventivamente autorizzati dall’assemblea (2343 bis). Nel caso in cui gli amministratori acquistino il bene dal socio fondatore senza essere autorizzati dall’assemblea cadono nella violazione di un limite del potere di rappresentanza, il quale (limite) non è introdotto dallo statuto, ma dalla legge. Il contratto dovrebbe essere un contratto inefficace in quanto non rientra nella fattispecie coperta dall’articolo 2384.

Altro esempio, da approfondire nel manuale, sono le operazioni sulle proprie azioni: per acquistare azioni proprie bisogna essere autorizzati dall’assemblea. Nel caso in cui gli amministratori procedano senza l’autorizzazione dei soci, il potere di rappresentanza è stato esercitato in violazione a un limite non introdotto dallo statuto, ma contenuto nell’art. 2357 c.c. (limite legale). L’acquisto risulterà quindi inefficace secondo i principi generali.

Stesso discorso vale per le decisioni gestorie che devono essere prese da parte dell’assemblea, come ad esempio la disciplina stabilita dal secondo comma dell’articolo 2361 con riferimento alle partecipazioni nell’imprese a responsabilità illimitata, nella quale vi è una competenza decisionale attribuita all’assemblea.

Se tale competenza non viene rispettata (violazione di competenza interorganica, cioè tra assemblea e amministratore) è violata dunque una norma di legge fuori dall’articolo 2384, con la conseguenza dell’inefficacia del contratto.

È senz’altro fuori dall’ambito di applicazione della norma finora analizzata l’ipotesi di rappresentanza non organica. Il potere di rappresentanza potrebbe tranquillamente ricorrere in una rappresentanza non organica. L’ipotesi principale è quando la società utilizza dei collaboratori d’impresa, come l’institore (direttore generale).

L’institore ha poteri decisori e poteri di rappresentanza nei limiti delle sue competenze. Esso ha poteri decisori necessari per eseguire la sua funzione, ma è dotato conseguentemente anche di limiti di rappresentanza nell’esecuzione dei primi poteri.

Nulla esclude che all’institore venga rilasciata una procura, la quale può contenere uno o più limiti al potere di rappresentanza. L’eventuale procura rilasciata nei confronti del direttore generale (o institore) non è coperta dall’articolo 2384 c.c. Valgono quindi le regole generali sulla procura institoria: il limite contenuto nella procura è opponibile al terzo se iscritto nel registro delle imprese, salvo che la società non provi che il terzo ne fosse a conoscenza.

**RESPONSABILITA’ DEGLI AMMINISTRATORI NELLE SOCIETA’ PER AZIONI**

Due sono le questioni di vertice:

1. I presupposti al ricorrere dei quali si può parlare di responsabilità (questione sostanziale).

Il presupposto è l’inadempimento dei doveri. Doveri di care e di loyalty e in generale qualunque dovere che riguarda l’organo amministrativo. L’adempimento dei doveri deve avvenire secondo la diligenza richiesta dalla natura dell’incarico e dalle specifiche competenze dell’organo amministrativo. (diligenza qualificata, art.1176 comma)

1. Questa norma giustifica anche il fatto per cui in una SPA l’amministratore non è necessariamente un socio. La diligenza qualificata si riferisce alla figura di amministratore che è da tenere distinta a livello concettuale da quella di socio.

Normalmente la responsabilità è solidale. L’obbligazione solidale è posta in un certo senso a tutela della società che beneficia dell’amministrazione dell’organo. La società può pretendere da qualunque amministratore l’adempimento dell’obbligazione che poi può essere ripartita tra gli amministratori tramite l’azione di regresso. Di norma paga chi è in colpa ma molto difficile accertare chi ha fatto cosa. Tuttavia nonostante ciò data la natura solidale dell’obbligazione questo non va a mettere a rischio l’adempimento per la società.

C’è un’eccezione all’obbligazione solidale: si da la possibilità ai singoli amministratori di dimostrarsi esenti da colpa (2392 terzo comma) e quindi di non essere coinvolto nella richiesta solidale del risarcimento del danno. Amministratore comunica dissenso a al presidente del collegio sindacale con riferimento alla decisione. L’amministratore è cosi esente da colpa anche nei rapporti esterni con la società.

L’altra possibilità per interrompere il vincolo solidale riguarda l’ipotesi in cui venga utilizzata una **delega gestoria**, sia che riguardi il singolo amministratore delegato sia che riguardi il comitato esecutivo. In linea di massima la responsabilità non ricade sul consiglio per le attribuzioni che costituiscono oggetto di delega. Tale ipotesi è sicuramente vera nel caso di delega autorizzata. Tuttavia, sembra che ciò sia vero anche nel caso di delega non autorizzata, infatti leggendo il primo comma 2392 si legge che: ‘*gli amministratori sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti da tali doveri (quelli visti) a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori’*. Dunque, la norma non parla di amministratore delegato ma di funzioni in concreto attribuito ad uno o più amministratori (la regola è valida quindi anche per delega interna ovvero delega non autorizzata).

Quindi, le conseguenze risarcitorie (cioè la capacità di interrompere il vincolo solidale) c’è indipendentemente se la delega è stata autorizzata oppure no. Infatti, la differenza tra le 2 tipologie di deleghe sta nell’oggetto della delega, nelle materie che possono essere delegate.

Quindi se c’è la delega risponde solo amministratore per la competenza delega.

Il secondo comma 2392 sembra richiamare, però, la responsabilità solidale degli amministratori. Quindi per un verso il primo comma dice che se c’è la delega il consiglio non risponde dei fatti rientranti nella competenza dell’amministratore delegato; il secondo comma, però, aggiunge dicendo che in ogni caso gli amministratori (i non delegati, il consiglio) sono responsabilmente solidati se essendo a conoscenza dei fatti pregiudizievoli non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento, eliminare o attenuarne le conseguenze dannose, fermo restando quanto disposto dal terzo comma dell’art 2381. Questo terzo comma tratta la disciplina del rapporto inter organico tra consiglio e delegato. Questo rapporto si fonda sullo scambio di informazioni ovvero il delegato ha un dovere di informare sull’andamento della gestione il consiglio. A questo dovere si lega il potere del consiglio di chiedere eventuali integrazioni di informazioni nel caso in cui quelle ricevute vengono valutate insufficienti. Questa è una norma importante per capire la portata pratica del secondo comma 2392, ovvero per capire quando scatta la responsabilità che grava sugli amministratori che, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto in loro potere per impedirne il compimento del fatto dannoso. Il 2381 introduce un’ipotesi di **responsabilità per fatto altrui**. Il fatto proprio è quello del delegato al quale si aggiunge in solido la responsabilità del consiglio nella misura in cui il consiglio non ha fatto quanto nelle sue competenze per eliminare/ridurre il fatto dannoso. Quindi in prima battuta si chiama a rispondere il delegato, in seconda battuta si può chiamare a rispondere il consiglio nel caso in cui si dimostri che esso è responsabile per il fatto di altri (del delegato). Consiglio è responsabile per fatto di altri, quando il consiglio viene meno al suo dovere di vigilanza ossia di controllo della delega. Controllo in chiave informativa in attuazione del principio di agire informato. Culpa in vigilando. Al contrario se il consiglia dimostra di aver correttamente esercitato la sua attività di controllo non può essere chiamato a rispondere in solido per fatto di altri proprio perché manca il presupposto ossia la culpa in vigilando.

**ESERCIZIO DELL’AZIONE DI RESPONSABILITA’**

La seconda questione riguarda l’esercizio dell’azione di responsabilità. In che modo può essere chiamato a rispondere l’amministratore. Le norme sono il 2393 e seguenti. L’esercizio dell’azione di responsabilità è attribuito ovviamente alla società essendo la responsabilità verso la società. La società decide con una delibera di **assemblea ordinaria**. Dunque, i soci possono chiamare gli amministratori a rispondere di alcuni fatti che hanno commesso, laddove si ritenga che questo sia avvenuto violando obblighi di legge o di statuto e da questi obblighi sia derivato un danno verso la società.

Se c’è un consenso di maggioranza superiore al 20% del capitale sociale ne consegue allora che l’organo amministrativo è revocato automaticamente quindi devono essere sostituiti gli amministratori e i nuovi amministratori nominati eseguiranno la delibera assembleare con il quale si eserciterà l’azione di responsabilità.

Tuttavia, l’azione di responsabilità non è detto che comporti la revoca degli amministratori. In questo caso bisognerà nominare un rappresentante ad hoc al quale verrà attribuito il compito di eseguire la delibera con cui si esercita l’azione di responsabilità.

Sempre con riferimento al 2939 l’azione potrebbe essere eventualmente esercitata al di fuori di un’assemblea ad hoc nel caso in cui si approvi il bilancio di esercizio per contestare agli amministratori delle condotte consumate nell’esercizio di riferimento. Quindi se si approva il bilancio di esercizio, è possibile deliberare in maniera contestuale anche la responsabilità degli amministratori per fatti commessi nell’esercizio a cui il bilancio si riferisce, caso contrario bisogna procedere con la convocazione specifica dell’assemblea.

Altra possibilità è la **rinuncia all’azione** o se l’azione è stata già avviata eventualmente transigere su una responsabilità accertata o in via di accertamento. La rinuncia riguarda l’attività processuale di attivazione dell’azione di responsabilità. Se ho già mosso l’azione di responsabilità (o in pendenza di giudizio o una volta che il giudizio si è chiuso ed è stata accertata una certa responsabilità) allora la responsabilità può essere oggetto di **transazione**, ovvero contratto con cui si chiude la controversia decidendo per una soluzione pacifica attraverso accordi e concessioni reciproche. La possibilità di esercitare la rinuncia o la transazione è subordinata al fatto che non ci sia il dissenso (serve la maggioranza ordinaria quindi si è nell’ambito di un’assemblea ordinaria) dei soci di minoranza che rappresentino almeno il quinto del capitale sociale o, nelle società che fanno ricordo al mercato del capitale di rischio, almeno il ventesimo del capitale sociale (il 5% del cs). Quindi: si può approvare la rinuncia o la transazione a patto che ci sia la maggioranza ordinaria e a patto che non ci sia il dissenso di una minoranza.

Queste aliquote non sono poste a caso, sono un po’ speculari ad una prima eccezione processuale che riguarda l’azione di responsabilità verso gli amministratori. Il problema dell’azione di responsabilità sta nel fatto che, oltre ad avere un legittimato attivo (la società) ha anche altri legittimati attivi che non sono alternativi (come nella S.r.l.) ma concorrenti. Quindi, da un lato resta il potere assembleare di promuover l’azione, dall’altro lato ci sono legittimazioni ulteriori ad attivare questa azione. Queste sono legittimazioni sostitutive, poteri eccezionali che le norme danno ad un soggetto di far valere a nome proprio un diritto altrui.

Con riferimento all’azione di responsabilità verso gli amministratori ci sono, in concorrenza con la società, almeno **tre** **legittimazioni sostitutive**:

1. legittimazione attribuita ai soci di minoranza: c’è una minoranza che, in maniera complementare alla società (ovvero non sostituisce quella della società come accade in S.r.l ma insieme ad essa), può attivare l’azione di responsabilità. Questi soci di minoranza possono far valere a proprio nome un diritto altrui (perché è un diritto della società che ha subito un danno e deve essere risarcita). Dunque, in luogo dell’assemblea questa azione può essere promossa dai soci di minoranza che hanno: nelle *società chiuse* almeno il quinto del capitale sociale (20%) e nelle *società aperte* che fanno ricorso al capitale di rischio un quarantesimo del capitale sociale (2,5%). Prima l’aliquota del 2,5% era la 20% è stata poi abbassata.

C’è quindi una sorta di sfasamento perché da un lato c’è questo 2,5% dei soci che possono esercitare l’azione di responsabilità e dall’altro si lascia la possibilità alla società di rinunciare o transigere sull’azione salvo che non si opponga il 5% del capitale sociale. Quindi il potere che viene assegnato ai soci di promuovere l’azione è un potere ‘fasullo’ perché esso può essere esercitato ma può essere anche bloccato con la rinuncia o la transazione. Infatti, a tal proposito non si esclude una possibilità di rimediare a questo chiaro mancato coordinamento a livello normative dicendo: o la norma che ha ridotto l’aliquota per esercitare l’azione è come se non fosse stata posta o (più correttamente) anche l’aliquota per poter rinunciare o transigere deve essere ridotta in via interpretative in maniera conseguente. Quindi l’ultimo comma dell’articolo 2393 è da leggersi in coordinazione con quanto previsto dalla norma successiva.

Perché esiste l’azione di responsabilità in capo alla minoranza?

La **funzione di questa attribuzione** è quella di rendere indisponibile alla maggioranza il dovere di diligenza degli amministratori i quali devono sempre osservare il dovere di diligenza nel gestire l’impresa e non possono sottrarsi dalle conseguenze della violazione della diligenza dicendo che hanno eseguito una volontà di maggioranza, neanche se questa volontà è voluta nell’ambito di una delibera assembleare.

Gli amministratori hanno una competenza esclusiva rispetto alle esecuzioni delle delibere assembleari le quali non si eseguono mai da sole. Gli amministratori tuttavia devono eseguire *solo* quelle delibere che non gli espongono a responsabilità che non danno luogo ad un comportamento che in sé considerato potrebbe giustificare un’zione di responsabilità. Quindi hanno questo dovere/potere di valutare se l’esecuzione assembleare può creare il presupposto per l’esercizio dell’azione oppure no. Dunque, è un dovere di filtro che impone la non esecuzione delle delibere che potrebbero ricadere o creare i presupposti dell’azione di responsabilità.

C’è un **problema** nella legittimazione sostitutiva attribuita ai soci e lo si trova al comma 5 dell’art 2393- bis. Esso recita: ‘*in caso di accoglimento della domanda la società rimborsa gli attori (cioè i soci di minoranza) le spese di giudizio e le spese sopportate nell’accertamento dei fatti che il giudice non abbia posto a carico dei soccombenti o che non sia possibile recuperare a seguito della loro esecuzione*’.

Questa norma dice che se la minoranza agisce lo deve fare a sue spese, salvo l’eventualità che l’azione non venga accolta, quindi il procedimento si chiude con una condanna degli amministratori, ma questa non è una cosa facile perché bisognerebbe dimostrare la negligenza degli amministratori. Questa norma di fatto espone i soci che agiscono attraverso un’azione di minoranza a un rischio altissimo di sostenere spese processuali per l’azione che sono spese abbastanza costose. Il rischio è che il socio di minoranza, salvo l’accoglimento dell’azione, sia obbligato a sopportare le spese di questa azione.

Questo aspetto rende inoperativa l’azione di responsabilità di minoranza la quale quasi non esiste quasi nella prassi.

Soluzione diversa è invece il caso in cui queste azioni sono nate in contesti a legittimazione diffusa, tipicamente quelli anglosassoni in cui chi agisce non è esposto ad un rischio così alto di sopportazione delle spese.

**LEZIONE 22 12/05/2021**

**L’azione di responsabilità verso i creditori sociali**

Abbiamo visto una prima legittimazione sostitutiva rispetto all’esercizio dell’azione di responsabilità rappresentata dall’azione di minoranza (quella esercitata dai soci).

Abbiamo provato a spiegare la ragione di questa azione e il limite che grava su questa azione che la rende di fatto abbastanza improbabile nella prassi. C’è però, ad avviso del prof, una seconda legittimazione sostitutiva dell’azione di responsabilità verso gli amministratori che deve essere individuata nell’azione dei creditori sociali, l’azione di responsabilità cioè, cui fa riferimento il 2394 c.c., una norma molto particolare.

L’orientamento teorico e pratico su quest’azione si divide in due orientamenti interpretativi:

* l’orientamento prevalente a riguardo (sostenuto anche dall’autore del manuale) è che l’azione dei creditori sociali sia in realtà **un’azione diretta**, cioè i creditori sociali fanno valere la responsabilità degli amministratori al ricorrere di certi presupposti, con l’obiettivo di acquisire la condanna al risarcimento del danno che dovesse essere accertato in sede di giudizio. Si ritiene dunque che i creditori che agiscono in responsabilità verso gli amministratori fanno valere un danno che possono poi acquisire e incamerare direttamente. Proprio alla luce di questa lettura del 2394 c.c. (per il prof non convincente) **l’intera giurisprudenza è orientata in questo senso**. Alcuni giudici che hanno scritto alcune norme recenti (per esempio in ambito del Codice della Crisi d’Impresa) hanno confezionato l’applicazione di questa norma nel contesto della crisi di impresa su questo presupposto: di fatto il creditore che agisce per far valere certi danni nei confronti degli amministratori ha il diritto di acquisire il danno. Sembra però una lettura non corretta questa.
* Il prof Cetra invece è persuaso del fatto che l’azione dei creditori ex art 2394 c.c. vista come azione diretta sembra una prospettiva non corretta. Basta guardare la norma successiva al 2394, dunque il 2394 bis, il quale trova il corrispondente sia nella legge fallimentare attualmente in vigore (art 146 della Legge Fallimentare) sia in quello che sarà il futuro art. 255 del CCI. Queste due norme sono specificazioni del 2394 bis c.c.

Se guardiamo comunque questi articoli (sia la norma codicistica, sia il 146 L.F. e il 255 CCI ci rendiamo conto che, in realtà, quando una società per azioni è assoggettata a procedura concorsuale, c’è la possibilità per l’ufficio concorsuale (per gli organi della procedura, in particolare per il curatore) di esercitare l’azione di responsabilità verso gli amministratori. È un modo per ricostruire il patrimonio responsabile (la massa attiva da utilizzare per il pagamento dei creditori concorsuali) attraverso l’esercizio delle azioni di responsabilità.

Il curatore acquisisce in un’unica legittimazione l’esercizio dell’azione di responsabilità che potrà esercitare indifferentemente o sostituendosi alla società e ai soci o ai creditori. In pendenza di liquidazione giudiziale (attuale fallimento) non sono i creditori che possono esercitare l’azione verso gli amministratori (e acquisire il danno eventualmente accertato da parte dell’autorità giudiziaria) bensì è il curatore che esercita quest’azione di responsabilità: azione unica finalizzata a far valere i danni cagionati dagli amministratori e a recuperare questi danni in massa attiva. Il curatore agisce dunque o sostituendosi alla società (e quindi ai soci, infatti l’azione di cui all’art 2393 c.c. e 2393 bis che abbiamo visto ieri confluisce nelle mani del curatore) o in alternativa esercitando l’azione dei creditori. Chiaramente il curatore che si sostituisce ai creditori fa valere alcuni danni che recupera a massa attiva: non vengono attribuiti a singoli creditori ma vengono acquisiti in capo alla procedura per ricostruire il patrimonio responsabile della società).

Questa è la riprova del fatto che l’azione dei creditori non è diretta, ma viene attribuita per far valere a loro nome un danno della società, che qualora dovesse essere quantificato non finisce nelle tasche e nel patrimonio dei creditori agenti ma nelle casse sociali: sarà la società ad acquisire il danno.

La seconda tesi che in alternativa è sostenuta è che l’azione dei creditori sia un’azione surrogatoria in senso classico codificata all’art 2900. Questo NON è vero! Infatti, ai sensi dell’art 2900 c.c. quando il creditore si sostituisce al debitore per far valere un suo diritto questo è possibile nella misura in cui il debitore rimanga inerte senza compiere alcun atto di disposizione.

Tutto ciò è palesemente smentito dall’art 2394 c.c. là dove precisa che l’azione dei creditori viene esercitata nonostante la rinuncia della società all’esercizio dell’azione sociale. La rinuncia è un atto di disposizione quindi il fatto che la società rinunci all’azione significa che compie un atto di disposizione: a seguito di rinuncia il creditore non potrebbe esercitare un’azione surrogatoria perché mancherebbe l’inerzia del debitore che è il presupposto invece dell’azione surrogatoria. Questo deve farci intendere che l’azione dei creditori ex 2394 c.c. non si tratta di un’azione surrogatoria ma di un’azione di diritto dell’impresa, di diritto societario non diversa dalla legittimazione sostitutiva per i soci di minoranza: si da dunque ai creditori la possibilità di far valere a proprio nome un diritto altrui: i creditori che agiscono fanno valere a proprio nome un diritto sociale, della società. Non a caso, anche con riferimento all’azione dei creditori, c’è il problema dei costi dell’azione. I costi dell’azione rimangono in capo ai creditori (come rimangono in capo ai soci di minoranza) salvo l’accoglimento della domanda.

Inoltre, nel caso in cui si verifichi una transazione (un accordo tra amministratori e società sulla responsabilità dei primi) e quindi composizione di una lite tra amministratori da un lato e società dall’altro, la transazione di per sé impedisce l’esercizio dell’azione di responsabilità da parte dei creditori. Se c’è una transazione i creditori non possono agire in responsabilità nei confronti degli amministratori.

In questo caso i creditori attaccano la transazione esercitando, ricorrendone i presupposti, l’azione revocatoria. Dunque, la transazione può essere contestata e attaccata da parte dei creditori revocando quell’accordo esercitando l’azione revocatoria di cui all’art 2901 e ss. del Codice civile).

Se c’è una transazione io creditore sono bloccato. Ciò accade perché di fatto ciò che i creditori possono chiedere attraverso la loro azione è perlomeno in parte coincidente con quello che può essere richiesto dalla società. Ne consegue che se su quell’oggetto della richiesta all’autorità giudiziaria (vale a dire se sull’oggetto della contesa c.d. *petitum* è intervenuta una transazione, io creditore non posso esercitare più l’azione su una controversia che è stata risolta per il tramite del contratto di transazione)

**DOMANDA:** La transazione non è soggetta a pubblicità?

Non è soggetta a responsabilità. Di fatto, se un creditore agisce in responsabilità esercitando l’azione di cui al 2394 c.c., quando il creditore agisce chiama in giudizio i legittimati passivi dell’azione che sono gli amministratori, poi chiama anche la società in quanto soggetto interessato del diritto che viene fatto valere in quel contesto. Di fatto chi agisce in responsabilità verso gli amministratori cita gli amministratori ma conviene anche la società perché è il soggetto interessato del diritto sostanziale che viene fatto valere. Si chiama tecnicamente *litisconsorzio* che è necessario: si deve instaurare un giudizio a tre parti, in prima battuta nei confronti degli amministratori e inoltre nei confronti della società, titolare del diritto che viene fatto valere

**DOMANDA:** Se c'è una transazione tra società e amministratori, i creditori possono esercitare l'azione di responsabilità verso altri fatti (esclusi dalla transazione)?

Vediamo anzitutto i presupposti per i quali è riconosciuta ai creditori l’esercizio dell’azione di responsabilità Leggiamo il 2394 1^ comma: “ gli amministratori rispondono verso i creditori sociali” va letto: tutti gli amministratori sono chiamati a rispondere verso tutti creditori sociali in essere in quel momento (al di là del quantum del suo credito o al di là del fatto che il credito sia soggetto a condizione o ancora nel caso in cui il credito non sia ancora esigibile: tutti i creditori esistenti in un determinato momento)

Gli amministratori sono chiamati a rispondere dunque nei confronti di TUTTI i creditori sociali qualora non abbiano osservato gli obblighi inerenti la conservazione dell’integrità del patrimonio sociale.

L’azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale è insufficiente per il soddisfacimento dei loro crediti. In ipotesi, dunque, di insufficienza patrimoniale: quando il passivo nel suo complesso è superiore all’attivo, di fatto quando sussiste uno sbilancio patrimoniale: ho un netto negativo in cui risulta che il passivo sia superiore all’attivo. In questa eventualità non posso pagare integralmente il capitale sociale.

Se la società è tenuta a dare di più di quanto possiede, il soddisfacimento dei creditori nella loro interezza non può avvenire. Quando ricorre questa situazione, i creditori sociali possono esercitare un’azione che ha lo scopo di chiamare a rispondere gli amministratori per l’inosservanza di questi obblighi di conservazione del patrimonio.

Nessuno ha mai chiarito a cosa allude il dato normativo (il 2394 c.c.) quando parla di obblighi inerenti la conservazione del patrimonio.

Di quali obblighi si parla in concreto? Probabilmente non si riferisce ad obblighi specifici. Forse una risposta non c’è. Ci si è tanto affannati a ricercare questo elenco degli obblighi di conservazione del patrimonio, senza arrivare a risultati acquisiti, non perché questa norma voglia evidenziare determinati obblighi. Il presupposto sostanziale per il prof Cetra ricorre quando l’amministrazione della società mediante la gestione dell’impresa abbia provocato alla società un danno che ha reso il patrimonio insufficiente: si tratta di atti di mala gestio, genericamente qualificati, che (vuoi perché ripetuti e reiterati nel tempo) hanno portato il capitale sociale ad essere insufficiente.

Ricorre allora tutte le volte in cui il deficit patrimoniale sia causato NON dal rischio di impresa ( se il mercato non accoglie il prodotto della società questa è una classica manifestazione del rischio di impresa che viene sopportato soltanto dalla società, ma non è questo il caso), piuttosto è causato o concausato DAL COMPORTAMENTO DEGLI AMMINISTRATORI, che hanno ingenerato un danno talmente ampio che ha intaccato il patrimonio fino a farlo risultare insufficiente. Questo è il presupposto al ricorrere del quale il creditore può sindacare quanto fatto dagli amministratori.

L’interesse ad agire dei creditori emerge quando la società non è in condizioni di poter pagare in quanto ha un patrimonio insufficiente rispetto al pagamento dei crediti.

Quindi a questo punto la legge dà la possibilità di esercitare un’azione da parte dei creditori affinché possano verificare che il deficit patrimoniale sia dovuto non al rischio di impresa ma a una vera e propria mala gestio e dunque a un atteggiamento professionale da parte degli amministratori che non è conforme al parametro della diligenza e che ha ingenerato un danno patrimoniale.

Quindi se ci pensiamo è evidente che questi obblighi cui la norma fa riferimento sono obblighi generici che rientrano nel dovere di diligenza, che intercorre tra società e amministratori. Io creditore faccio valere una violazione di obblighi comportamentali cui gli amministratori sono tenuti per contratto nei confronti della società.

**DOMANDA:** Può rientrare in questi obblighi il dovere di convocare l’assemblea in caso di perdite rilevanti?

Si ritiene che, un caso di obbligo inerente alla conservazione del patrimonio, è rappresentato dal dovere di agire in caso di perdita rilevante passando all’assemblea e eventualmente effettuando una ricapitalizzazione che porti il C.S. a un livello pari al minimo. Quindi vengono certamente in rilievo gli obblighi ex 2394 e conseguentemente gli obblighi di conservazione dell’integrità del patrimonio di cui al 2446 e 2447 c.c.

Tuttavia non è necessario sul piano conoscitivo e applicativo delle norme fare una ricerca specifica di obblighi inerenti alla conservazione del patrimonio. Molti curatori ma anche giudici, la stessa dottrina che si è occupata di questa norma, hanno tentato di ricostruire o di individuare minuziosamente questi obblighi di conservazione del patrimonio. Sembra un tentativo sterile. Quali sono questi obblighi? Questi obblighi sono: la generica diligenza da parte degli amministratori che impone loro di non arrecare danno alla società.

N.B.: La statistica dice che raramente i creditori si imbarcano in un’azione di responsabilità verso gli amministratori. Noi troviamo l’applicazione del 2394 c.c. in un contesto concorsuale: quando di fatto l’insufficienza patrimoniale è conclamata e rappresenta uno stato di insolvenza che si esprime nell’incapacità di pagare. In questo senso l’azione viene esercitata. Normalmente questo accade anche in gestioni commissariali come può essere la gestione in un contesto di controllo giudiziario sulla gestione. In tutte le gestioni commissariali c’è un vezzo (usanza, abitudine) che al prof sembra non linearissimo con la deontologia professionale. Normalmente chi è investito di gestire la società in una procedura concorsuale sicuramente deve trovare in qualche modo l’appiglio per esercitare un’azione di responsabilità verso gli amministratori.

Una volta che l’azione di responsabilità è attivata, il consulente tecnico di ufficio del giudice deve essere bravo a capire se quel deficit patrimoniale o deriva dal rischio di impresa oppure no e quindi capire le cause che hanno reso insufficiente il patrimonio e capire se vanno addebitate alla gestione oppure no. Se non sono da addebitare alla gestione ma è un rischio di impresa, il presupposto della responsabilità non c’è perché chiaramente non siamo tenuti a risarcire per il rischio di impresa. Possiamo essere chiamati a rispondere quando l’ammanco patrimoniale è dipeso dal nostro comportamento MA NON dal fatto che il mercato abbia reagito in un certo modo rispetto alla nostra produzione.

Pensiamo alle imprese alberghiere, di ristorazione, di pubblici spettacoli che hanno visto il loro rischio di impresa aumentare in forza della pandemia, tutto ciò ha avuto ricadute patrimoniali vistose sulle imprese. Il rischio di impresa ha avuto uno scenario inimmaginabile. La perdita che si è avuta in questi casi non è stata riconducibile neanche in parte a mala gestio, quindi il danno in questo caso non è stato imputabile al comportamento degli amministratori.

Per poter richiedere il danno patrimoniale agli amministratori sotto forma di risarcimento deve esserci un rapporto causale, vale a dire di causa effetto, un danno conseguenza di una cattiva condotta gestoria da parte dell’amministratore. L’ausilio del consulente tecnico in tal senso è fondamentale a far emergere la responsabilità dell’amministratore.

**DOMANDA:** L’insufficienza del patrimonio a cui fa riferimento (come presupposto dell’azione ex 2 comma del 2394 c.c.) è accertabile sulla base di dati contabili o extracontabili? Per verificare che questa insufficienza ci sia, devo guardare il patrimonio come risultante dal bilancio d’esercizio? (E dunque guardo lo stato patrimoniale) o devo fare una valutazione ad hoc (es. una valutazione infrannuale) per vedere se sussiste tale insufficienza?

Le conclusioni raggiunte a riguardo ritengono che dobbiamo guardare come presupposto dell’azione il bilancio d’esercizio. L’insufficienza patrimoniale va accertata contabilmente. Eventualmente saranno gli amministratori nelle loro difese che potranno contrastare l’azione con il fatto che nonostante un dato contabile che palesa un PN negativo di fatto non c’è problema sul pagamento dei creditori perché ci sono delle riserve implicite che consentono di superare quell’insufficienza come risulta dal bilancio di esercizio. Anche il curatore fallimentare esercita l’azione guardando il dato del bilancio di esercizio.

Quest’azione potrà essere contrastata dagli amministratori sollevando eccezioni e dimostrando la presenza di riserve occulte e pertanto, nonostante l’ammanco che risulta dalle scritture contabili, dunque in realtà la società è ancora in grado a pagare i debiti.

Il termine di prescrizione dell’azione esercitabile dai creditori è 5 anni (N.B. La prescrizione prevede che, decorso del tempo, sia preclusa la possibilità di esercitare certe azioni e fare attenzione all’esame: non si prescrive il diritto ma l’AZIONE; il diritto semmai decade).

Tutti i diritti della società sono assoggettati a un termine di prescrizione con riferimento alla loro azione nel termine di 5 anni. Il termine di prescrizione dell’azione dei creditori può essere esercitato dal momento in cui è noto/ può essere conoscibile l’insufficienza patrimoniale. L’insufficienza patrimoniale l’acquisisco leggendo il bilancio di esercizio. (Per una S.p.A. il bilancio è reso infatti noto mediante il deposito: così rendo noto ai creditori l’eventuale presenza del presupposto per agire) per questo si osserva il dato contabile e non quello diverso acquisibile in via extra contabile. Teniamo presente però, che anche l’azione dei soci si prescrive in 5 anni. In questo caso il termine di decorrenza della prescrizione è da quando il comportamento dannoso viene commesso dall’amministratore, poi eventualmente accertato dal bilancio. Con la precisazione però che questo termine è sospeso fino a quando l’amministratore dura in carica. Questo termine è un po’ congelato, è sospeso fintantoché l’amministratore occupa la sua carica all’interno della società. Dunque, in pendenza di carica amministrativa il termine non decorre. È pur sempre legato al compimento delle azioni che si vogliono contestare. il termine però è congelato fintantoché l’amministratore rimane in carica all’interno della società.

Quindi l’azione sociale ha il termine di prescrizione dal momento in cui viene cagionato il danno.

Dunque c’è una differenza tra prescrizione dell’azione sociale e della prescrizione dell’azione dei creditori. Ed è questo il motivo per cui il curatore può scegliere se agire *in parte soci* o se agire *in parte creditori*: ciò è dovuto al fatto che può darsi che l’azione sociale sia prescritta mentre l’azione dei creditori non lo sia (perché il termine di prescrizione è diverso)

Es. quando la società va male c’è un buco di bilanci che mancano dal deposito. Se manca il bilancio dal deposito evidentemente l’azione non decorre. Il curatore acquisisce l’azione dei creditori in quanto potrebbe essere un’azione non prescritta, a differenza dell’azione sociale che invece potrebbe essere prescritta, soprattutto se si vogliono contestare eventi in capo agli amministratori che sono cessati anche da più di 5 anni (N.B. bisogna che siano cose chiare da avere ben presenti e che saranno oggetto d’esame)

La ratio della sospensione del termine è evidente: finché l’amministratore è in carica e in grado di tergiversare sul danno, di fatto l’amministratore si troverebbe in una situazione di vantaggio competitivo rispetto alla società quindi ci si dice che il termine normativo viene sospeso finché l’amministratore è in carica per evitare che abbia un’azione di vantaggio che altrimenti andrebbe a scapito della società.

Off topic: il prof dice che l’ultima parte del corso la dedicheremo alla liquidazione.

Domanda dall’aula: [non si sente].

Risposta del prof: “il bilancio di esercizio presuppone la continuità aziendale, quindi quando accerto la causa di liquidazione non faccio più il bilancio di esercizio, ma quello di liquidazione, che si basa su criteri diversi”.

Domanda da casa: “Mi scusi, quindi la prescrizione per i soci si attiva dal momento in cui il l'amministratore cagiona il danno e a partire dal momento in cui l'amministratore decade dall'ufficio. La prescrizione dell'azione di responsabilità per i creditori è legata al momento concreto (dato dal bilancio) in cui la società è in dissesto finanziario?”

Risposta del prof: “No. È legata al momento in cui l’insufficienza è conosciuta o conoscibile da parte del terzo. L’esercizio del curatore si fonda sul presupposto che il curatore non effettua un’azione propria, ma esercita le azioni (stesse azioni e stesso modo) che potevano essere esercitate dal creditore/ dai soci. La curatela non fa valere azioni ex novo, con tutti i limiti che questo comporta.

Per chiudere il discorso sul 2394 c.c. diciamo che l’azione di responsabilità del 2394 c.c. è meno intensa di quella sociale: i creditori possono solo verificare se gli amministratori hanno cagionato il danno, mentre i soci possono anche contestare altre scelte, entrando anche nel quadro dell’opportunità gestoria (es: aver cambiato mercato, mancata chance). Quindi se il curatore agisce in parte soci non ha bisogno di utilizzare l’azione di responsabilità dei creditori, viceversa quando agisce in parte creditori è perché non ha potuto farlo in parte soci (parte soci > parte creditori).

In estrema sintesi: i soci possono far valere il danno emergente e il mancato guadagno, mentre i creditori possono solo fa valere il mancato guadagno.

La terza legittimazione sostitutiva che è presente nella disciplina della responsabilità degli amministratori è in capo al collegio sindacale (art. 2393 c.c., terzo comma). È una novità degli ultimi 15 anni. Il collegio sindacale, seppure con maggioranza qualificata (2/3 dei componenti), può esercitare azione di responsabilità verso gli amministratori.

Secondo il prof questa legittimazione è un po’ strana.

L’azione del collegio sindacale non coincide con la responsabilità dei soci, poiché può essere esercitata solo in reazione a riscontri che ha eventualmente accertato, in contrasto con la legge o lo statuto. L’azione sindacale NON può sindacare sul merito della gestione (come possono invece fare i soci), ma si limita a vedere se l’operato degli amministratori è conforme alla legge o allo statuto.

Nelle società dualistiche, se l’azione di responsabilità viene esercitata dal consiglio di sorveglianza (organo amministrativo), può essere sindacato il merito gestorio.

Quindi l’azione di responsabilità del consiglio di sorveglianza è uguale a quella dei soci.

Con l’azione individuale del socio o del terzo (art. 2395 c.c.) si ha un’azione diretta: quando il socio/terzo agisce, egli non fa valere un danno sociale, ma un danno che egli ha subito direttamente sul proprio patrimonio. Non tratta di danno riflesso (nato dalla società ma rimbalzato sul socio o sul terzo) ma di un danno realizzatosi in capo a chi agisce, che a volte favorisce la società (es: gli amministratori preparano un bilancio falso). In questo caso ci può essere un socio che si è fatto tale o un creditore che ha elargito il credito credendo a quanto detto dal bilancio.

Il 2395 c.c. mi permette di farmi valere contro questo danno, che tocca me socio/creditore e che è stato cagionato da un fatto illecito dell’amministratore.

Altro esempio: gli amministratori non pagano le tasse (la società ne beneficia) ma l’amministrazione finanziaria ha subìto un danno.

Il 2395 c.c. non passa dalla procedura concorsuale e può essere esercitato in pendenza di altra procedura concorsuale.

N.B: di fatto il danno tutelato dal 2395 c.c. non c’entra nulla con la società.

Quanto visto finora con riferimento agli amministratori trova applicazione con riferimento ai direttori generali (institori), nel caso in cui essi sono nominati, su indicazione statutaria, con delibera assembleare.

Gli amministratori generali sono quindi parificati agli amministratori.

Nel caso del 2395 c.c. il termine di prescrizione dell’azione è sempre di 5 anni, ma decorre da quando il danno è stato provocato (no sospensione della prescrizione).

**Profili di governance per la SRL**

Chi sono gli **amministratori** 🡪 quelli **previsti nell’atto costitutivo**. I primi amministratori sono indicati nell’atto costitutivo. Si tratta di una norma che non può essere omessa: non può essere concluso il contratto senza l’indicazione dei primi amministratori della società. Non esiste una regola suppletiva capace di sostituire il silenzio dei soci a questo riguardo.

I successivi eventuali amministratori 🡪 art.2475 comma 1, “*Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'articolo 2479”.*

**Art.2479 “*In ogni caso sono riservate alla competenza dei soci:***

*1) l'approvazione del bilancio e la distribuzione degli utili;*

***2) la nomina, se prevista nell'atto costitutivo, degli amministratori***; …”

La norma sulla decisione dei soci attribuisce ai soci la possibilità di nominare gli amministratori ma solo se previsto dall’atto costitutivo.

Prima differenza con le SPA, nelle SRL gli amministratori possono essere anche i soci, opposto rispetto a quanto previsto nel caso di SPA, dove l’amministratore è tale e solo eventualmente è socio (figure concettualmente distinte). Mentre nelle SRL l’amministratore è tipicamente anche socio. Tuttavia i primi amministratori vanno SEMPRE nominati nell’atto costitutivo.

I **successivi amministratori**: nomina su decisione dei soci, “salvo quanto previsto nell’atto costitutivo” (inciso che figura sia nel primo comma del 2475 c.c. quanto nel 2 comma n 2 del 2479 c.c.).

Questo inciso vuol dire che, di default, il modello di amministrazione della SRL è un modello per uffici: non diverso da quello studiato per la SPA. Quindi l’amministrazione è organizzata per uffici, per questo le competenze dell’organo amministrativo sono affidate ad un organo (un centro di potere decisionale) da cui sono nominati poi i singoli amministratori.

I primi vengono nominati dall’atto costitutivo, l’incarico deve avere una specifica durata, non precisata dal dato normativo, dovrebbe essere una durata anche più lunga dei 3 anni. Mentre nelle SPA gli amministratori durano massimo un triennio, qui non c’è un termine del mandato amministrativo. Ma sembra che nel modello di amministrazione per uffici una durata ci deve essere. Una volta scaduti i primi amministratori verranno sostituiti dai successivi amministratori, (potrebbero essere riconfermati) occorre un rinnovo della carica sociale. La decisione è presa dai soci con una normale decisione che può essere assembleare o di altro tipo.

**A scadenza gli amministratori devono essere rinnovati con decisione da parte dei soci.**

In base alla prassi professionale, la nomina degli amministratori potrebbe avvenire per diritto particolare, cioè si ritiene che l’oggetto del diritto particolare a contenuto amministrativo possa essere sicuramente diritto di nominare uno o più amministratori. In questo caso il diritto particolare viene esercitato in luogo della decisione dei soci nominando gli amministratori.

L’organo amministrativo, nell’eventualità in cui l’amministrazione sia organizzata per uffici,

può essere UNIPERSONALE o PLURIPERSONALE. Se è unipersonale non vi sono ulteriori problemi oltre a quelli riferiti alla nomina.

Se invece l’organo è pluripersonale, allora ci si pone il problema sul capire come esso prende le decisioni. In via di *default* l’organo amministrativo anche nella SRL è un Consiglio di Amministrazione. Banalmente ciò significa che l’organo decide secondo la **regola collegiale**. L’esito decisionale dell’organo amministrativo è qualificabile in termini di **delibera**.

Prima differenza con la SPA:

Art.2475 comma 4 (riferito a SRL, fare attenzione alla norma):

“*Qualora sia costituito un consiglio di amministrazione, l'atto costitutivo può prevedere che le decisioni siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto. In tal caso dai documenti sottoscritti dagli amministratori devono risultare con chiarezza l'argomento oggetto della decisione ed il consenso alla stessa*”.

Accade ciò che è stato visto per le decisioni dei soci, che abbiamo visto attribuite *di default* secondo la regola assembleare: i soci costituiscono l’assemblea; tuttavia, è possibile che per alcune decisioni l’assemblea è sostituita dalla consultazione scritta o dal consenso rilasciato per iscritto. Quindi si introduce come regola di riferimento dell’organo la **regola referendaria.**

Con riferimento all’organo amministrativo la possibilità di utilizzare la regola referendaria è generalizzata, a differenza di quanto accade per le decisioni dei soci dove questa regola ha dei limiti, nel caso dell’organo amministrativo questi limiti non sussistono. Quindi è possibile adottare questa regola referendaria per qualunque decisione che rientri nella competenza dell’organo amministrativo.

A differenza rispetto a quanto visto per le decisioni dei soci, non sembra possibile che uno o più amministratori chiedano una decisione da parte del Consiglio amministrativo.

I soci sull’organizzazione dell’organo amministrativo hanno pieno potere. Se essi stabiliscono che l’organo funziona con la regola referendaria così deve avvenire, senza eccezione alcuna. Non costituiscono eccezioni quanto stabilito dal 5 comma del 2375 c.c.

Se l’organo è un CDA mancano nella legge delle regole di funzionamento del consiglio, salvo la validità delle decisioni. Le regole di funzionamento del CDA in una SRL sono stabilite nello Statuto, il problema sussiste quando in riferimento a questo vi sono carenze nello statuto.

Qualche problema che è stato in parte risolto dall’introduzione del 6°comma dell’articolo, il quale consente di applicare in questo caso in quanto compatibili le disposizioni dell’art.2381, che contengono i principi di funzionamento del CDA in una SPA. Questo ultimo comma è stato introdotto con l’introduzione del Codice della crisi d’impresa. Prima di questa integrazione si dubitava/era controversa l’applicazione dell’art.2381. Adesso invece c’è il richiamo per quanto compatibile.

Il CDA funziona come è stabilisce lo Statuto, un’eventuale carenza statutaria del CdA di questo è supplita dall’art.2381.

In una SRL si ammette, seppur non espressamente richiamata, la possibilità di utilizzare la delega gestoria, di avere dunque un amministratore delegato. Nella SRL si utilizza normalmente l’amministratore delegato e non il comitato esecutivo.

Posso creare la figura del delegato indipendentemente dalle modalità di funzionamento dell’organo amministrativo. (Tanto nella misura in cui l’organo sia un CdA quanto nella misura in cui valga la regola referendaria)

Dobbiamo capire quanto l’art.2381 sia compatibile con le SRL.

OGGETTO DELLA DELEGA GESTORIA NELLA SRL

Sotto questo punto di vista entra in gioco il 5° comma dell’art.2475 c.c., il quale richiama la disposizione sulla delega gestoria di SPA.

" *La redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione o scissione, nonché le decisioni di aumento del capitale sociale ai sensi dell'articolo 2481 c.c. sono in ogni caso di competenza dell'organo amministrativo*”.

Sono materie identiche a quelle viste a suo tempo con riferimento alla delega gestoria di SPA. Sono sottratte alla delega gestoria anche nella SRL. Anche qui si pone lo stesso problema sul capire se sono solo queste materie sono quelle escluse da un’eventuale delega, come quelle che hanno impatto e conseguenze sul **carattere organizzativo**.

Esempio: emissione prestito obbligazionario, questa decisione in quanto di carattere organizzativo rimane in capo al Consiglio e non può essere delegato. Perfetto rinvio dunque rispetto alla delega di SPA. Le analogie finiscono qua. Nel caso di SPA, acquisite le materie che sono fuori dal perimetro della delega, bisogna comprendere quale possa essere effettivamente l’oggetto della stessa.

Nella SRL è chiaro che lo statuto, l’atto costitutivo, la decisione di nomina degli amministratori può autorizzare all’utilizzo della delega. Tuttavia l’eventuale delega autorizzata nella SRL non ha le stesse conseguenze della delega autorizzata nelle SPA. Non ha alcuna conseguenza sull’oggetto della delega.

Nella SRL l’oggetto della delega può essere solo la gestione corrente.

L’oggetto della delega nella SRL deve fare i conti con le diverse competenze tra soci e amministratori, in quanto tutto ciò che può rientrare anche solo potenzialmente nella competenza dei soci non può essere oggetto di delega e siccome abbiamo visto che la competenza dei soci può essere aumentata da parte dello statuto, da parte di una devoluzione degli stessi amministratori o da parte di una richiesta dei soci, se ne deduce che la delega in una SRL può riguardare soltanto la gestione corrente (fuori dalla competenza dei soci). Il rapporto amministratori-soci è più ampio rispetto a quello della SPA.

Dunque, il prof. ritiene che la distinzione fatta per le spa e legittimata dall’art.2381 tra delega autorizzata e non autorizzata non regga per le srl, perché la presenza o meno dell’autorizzazione da parte dei soci all’utilizzo della delega non ha alcuna conseguenza sull’oggetto della delega stessa.

**VALIDITÀ DELLE DECISIONI AMMMINISTRATIVE**

Innanzitutto, si parla di validità delle decisioni amministrative e non delle delibere, perché come si è detto l’organo amministrativo potrebbe non essere un consiglio e quindi tecnicamente non produrre una delibera.

Per le decisioni amministrative non è previsto alcun riferimento a eventuali quorum costitutivi e deliberativi del Cda, quindi l’autonomia statutaria in merito è massima.

Tuttavia, se non è previsto nulla dallo statuto opererà la regola di principio per gli organi collegiali, per cui l’organo collegiale è costituito se partecipa la metà dei suoi membri e delibera a maggioranza dei presenti; al contrario, se quell’organo non è un consiglio (e quindi si applica la regola referendaria) delibererà normalmente a maggioranza assoluta dei suoi membri, sempre se non previsto diversamente dallo statuto.

Dunque, lo statuto può prevedere delle regole di quorum diverse, in particolare può derogare dal principio di maggioranza in senso rafforzativo fino ad arrivare a prevedere in alcuni casi l’unanimità.

N.B. La conclusione in termini di quorum unanimistico non è così radicale come quella prevista per la SPA, dove tendenzialmente questa possibilità è da escludersi.

**DOMANDA**: sono possibili modifiche dei quorum al ribasso rispetto alle regole normative?

La risposta al riguardo è controversa, però eventuali quorum ribassisti rispetto alla maggioranza assoluta potrebbero essere ammissibili, certamente al rialzo e per alcuni casi anche prevedere quorum unanimistici; bisogna andare a valutare caso per caso.

**VIZI CHE INVALIDANO LE DECISIONI AMMINISTRATIVE**

Un’altra cosa da segnalare in merito alla validità delle decisioni amministrative sono i vizi che potrebbero eventualmente comportare l’invalidità delle stesse.

Per le SPA abbiamo visto che in merito ai vizi per il Cda vi è una sostanziale replica di quanto previsto a proposito dell’assemblea, ossia che una delibera può in caso di violazione di legge o dell’atto costitutivo può essere invalidata su iniziativa degli amministratori assenti o dissenzienti ovvero su iniziativa dell’organo di controllo.

Nella SRL invece non c’è questa previsione, cioè non si richiama qualunque violazione di legge o di statuto, ma soltanto un vizio particolare che è rappresentato dal conflitto di interessi.

A tal proposito il secondo comma dell’art.2475-ter stabilisce che: “Le decisioni adottate dal consiglio di amministrazione con il voto determinante di un amministratore in conflitto di interessi con la società, qualora le cagionino un danno patrimoniale, possono essere impugnate entro novanta giorni dagli amministratori e, ove esistenti, dai soggetti previsti dall'articolo 2477.”.

Con riferimento alla fattispecie, il prof. ritiene che l’interesse in questione sia l’interesse del socio in quanto tale e quindi che l’amministratore sia in conflitto quando per sé o per altri ha un interesse che confligge con l’interesse del socio alla massimizzazione del profitto, perlomeno nel contesto tipologico di SRL di cui al Codice civile.

N.B. Il discorso potrebbe mutare in caso di s.r.l. PMI nella misura in cui questa si apra al mercato e introduca anche soci diversi dai soci imprenditori.

Si è posto il problema se la decisione amministrativa possa essere invalidata soltanto per conflitto di interessi ovvero le cause di invalidità possano essere allargate in via interpretativa introducendone altre; si tratta di un punto controverso, ma l’opinione che sembra prevalere o comunque quella che il prof. ritiene essere corretta è di ritenere circoscritta l’invalidità della decisione al solo conflitto di interessi.

Quindi vizi differenti dal conflitto di interesse, ad esempio se il consiglio non è stato correttamente convocato o la regola referendaria non è stata correttamente applicata, non rilevano sul piano della validità della decisione (dunque la decisione resterà valida), ma potrebbero portare la società a contestare quel vizio facendo valere un’eventuale responsabilità degli amministratori che hanno preso quella decisione o eventualmente portare alla revoca per giusta causa degli amministratori.

Sempre la stessa norma sul conflitto d’interessi al primo comma tratta l’ipotesi in cui l’organo sia unipersonale e non collegiale; in questo caso è chiaro che se c’è solo un amministratore, l’eventuale conflitto d’interessi può rilevare sulla validità non della decisione ma del contratto e quindi il contratto concluso in conflitto di interessi può essere annullato nella misura in cui per i principi di diritto comune il conflitto di interessi era conosciuto o conoscibile da parte del terzo.

**DOMANDA**: anche nella s.r.l. c'è differenza tra annullabilità e nullità della decisione amministrativa?

Attenzione che questa differenza non c’è nemmeno nelle delibere consigliare di SPA, dove si parla genericamente di invalidità.

Un’ulteriore precisazione riguarda il potere di rappresentanza e anche qui si tratta di un mero rinvio, perché l’art. 2475-bis ricalca quanto previsto per le SPA dall’art.2384 c.c. in merito alla nomina dei rappresentanti e ai limiti all’esercizio del potere di rappresentanza.

Quindi resta solo da sciogliere il problema inziale dal quale siamo partiti, cioè abbiamo detto che salvo diversa indicazione dell’atto costitutivo, gli amministratori sono nominati con decisione dei soci (art. 2475 primo comma); questo significa che se da un lato di default opera l’organo, quindi l’amministrazione è organizzata per uffici, dall’altro vuol dire anche che l’atto costitutivo può prevedere un modello di amministrazione diverso da quello per uffici, ossia che l’amministrazione venga organizzata per persone e quindi che la competenza amministrativa non sia attribuita a un organo, ma bensì a uno o più soggetti.

Dunque, in quest’ultimo caso la scelta di tali soggetti come amministratori è determinante per la conclusione del contratto di società e da un punto di vista pratico significa che gli amministratori saranno a tempo indeterminato (non c’è una scadenza di mandato).

N.B. A tal proposito se si volesse sostituire un amministratore, si dovrebbe modificare il contratto.

L’altra conseguenza pratica che comporta l’amministrazione per persone è il fatto che se si tratta di due o più amministratori, si pone quindi il problema di capire come deve coordinarsi il gruppo.

Qui il discorso è semplicemente smarcato dal rinvio che viene fatto al terzo comma dell’art.2475 ai modelli di amministrazione disgiuntiva o congiuntiva previsti nelle società di persone.

Ricordiamo che nel modello di amministrazione disgiuntiva ogni amministratore opera in maniera autonoma per l’attuazione dell’oggetto sociale, mentre nel modello di amministrazione congiuntiva gli amministratori devono decidere come gruppo.

Inoltre, si tenga presente che se si utilizza il modello di amministrazione congiuntiva, salvo prova contraria, le decisioni amministrative devo essere prese all’unanimità (art.2258).

Si faccia attenzione che se si adotta il modello di amministrazione disgiuntiva, questo pone un problema di coordinamento con il quinto comma dell’art.2475, dato che per le decisioni in merito alle materie citate, gli amministratori devono operare congiuntamente.

Inoltre, quando si adotta il modello di amministrazione per persone ci possono essere anche delle conseguenze pratiche con riferimento alla revoca degli amministratori.

**LEZIONE 18/05/2021**

Continuazione funzione amministrativa della S.r.l. (art. 2475 c.c.)

Siamo arrivati al punto in cui si è detto che la funzione amministrativa è organizzata su specifici soggetti (su persone), e che quindi non c’è un organo amministrativo che funzioni come un consiglio o in diverso modo. L’ipotesi è che questa funzione venga attribuita a specifiche persone.

Di fatto, la scelta di organizzare la funzione amministrativa per persone la si coglie analizzando il dato contrattuale e in particolare: nella presenza o meno di un termine di durata nell’incarico amministrativo. Se infatti non c’è un termine di durata, ciò di fatto vuol dire che l’incarico amministrativo è sottratto dalla decisione dei soci: l’atto costitutivo si conclude sul presupposto che l’amministrazione di quella società debba avvenire con quelle persone nominate dallo stesso atto costitutivo. Quindi il fatto che la carica di amministratore sia senza tempo (sine die), rappresenta il dato più chiaro (almeno così sembra al prof), che i soci vogliano optare per un’organizzazione per persone, cioè concludono il contratto con il presupposto che quella funzione amministrativa sia esercitata da parte delle persone nominate da quel contratto. Gli amministratori sono caratterizzati da una regola di stabilità. Ne consegue che per sostituire gli amministratori nominati, bisogna modificare l’atto costitutivo (bisogna prendere una delibera di modifica dell’atto costitutivo, non una decisione).

La stabilità dei soggetti investiti della funzione amministrativa è retta dall’art 2259 c.c. (la norma è dettata in materia di società semplice, ma trova applicazione in tutte le società di persone). Tale norma riguarda la possibilità di revocare gli amministratori dall’incarico gestorio; la revoca deve essere subordinata a giusta causa. Pertanto, non si può revocare per qualunque motivo (ad nutum) l’amministratore. Se l’amministrazione è affidata a quei soggetti, la revoca (che comporta una modifica dell’atto costitutivo, in quanto bisogna sostituire eventualmente o modificare la parte corrispondente alla figura degli amministratori) è possibile soltanto se è presente la giusta causa (ciò è pensato per mantenere la stabilità del profilo soggettivo della funzione amministrativa, laddove appunto la funzione sia attribuita a quegli specifici soggetti).

In questa eventualità al prof sembra che trovino applicazione le regole di funzionamento proprie delle società di persone (rinvio agli art. 2257 e 2258 c.c. 🡪 ciò per dire che la funzione opera secondo il modello dell’amministrazione disgiuntiva o in alternativa opera secondo il modello di amministrazione congiuntiva).

Il terzo comma dell’art. 2475 (che richiama le due norme precedenti) prevede infatti che la funzione amministrativa nella S.r.l. si basi sui modelli di amministrazione disciplinati per le società di persone (art 2257 e 2258 c.c.), fatto salvo quanto previsto dall’ultimo comma di questo articolo (il quale rinvia all’art 2381 che funziona con riferimento al collegio, cioè al consiglio di amministrazione delle spa): *“Quando l’amministrazione è affidata a più persone, queste costituiscono il consiglio di amministrazione. L’atto costitutivo può tuttavia prevedere, salvo quanto disposto nell’ultimo comma del presente articolo, che l’amministrazione sia ad esse affidata disgiuntamente oppure congiuntamente”.*

Cosa significa “salvo quanto disposto dal quinto comma del presente articolo”?

Il quinto comma dell’art. 2475 c.c. fa riferimento a tutta una serie di materie che sono attribuite all’organo amministrativo: in questo caso non si deve infatti creare un organo per poter prendere le decisioni riguardanti: la redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione o scissione, nonché le decisioni di aumento del capitale sociale (laddove delegato dai soci agli amministratori). Per queste materie devono decidere gli amministratori come gruppo e non disgiuntivamente (in ipotesi di amministrazione disgiuntiva), cioè devono decidere congiuntamente (secondo il modello dell’amministrazione congiuntiva), poiché come recita il dato normativo “*sono in ogni caso di competenza dell’organo amministrativo”*, e non sono pertanto delegabili ad altri organi.

Sul piano della rappresentanza si è già trattato, in quanto l’art 2475bis ricalca in tutto e per tutto l’art 2384 (sono norme gemelle). Vale per la S.r.l. quanto già visto per la spa, essendo queste norme di matrice europea, riguardanti le società di capitali.

**AZIONE DI RESPONSABILITA’ DEGLI AMMINISTRATORI (PRESUPPOSTI e MECCANISMI DI ATTIVAZIONE)**

La norma di riferimento è l’art. 2476 c.c., la quale innanzitutto non stabilisce, a differenza della norma equivalente già trattata con riferimento alle spa, un presupposto generale per la responsabilità degli amministratori. La norma stabilisce soltanto le conseguenze della violazione di obblighi di legge e di statuto che gravano sugli amministratori. Quindi se c’è la violazione di obblighi di legge e di statuto, c’è la responsabilità da parte degli amministratori.

La norma non dice però, ad. es., quali sono gli obblighi (anche se non è possibile dirlo, in quanto la funzione amministrativa ne ha numerosi). Quindi anche qui deve valere un parametro comportamentale come nel caso della spa con riferimento all’adempimento dell’incarico gestorio: bisogna adempiere all’incarico gestorio conformandosi ad un modello ideale e astratto di tipo comportamentale. Si è quindi responsabili nella misura in cui, in concreto, non si uniforma il proprio comportamento al modello comportamentale generale e astratto che deve essere osservato in questi casi.

A differenza della spa qui non è richiamato un modello comportamentale generale e astratto (nella spa si è visto che questo modello era la diligenza qualificata, ossia la perizia richiesta dalla natura dell’incarico e dalle specifiche competenze dell’amministratore). Il silenzio del dato normativo può essere agevolmente superato ritenendo che nella S.r.l. trovi applicazione la diligenza ordinaria del mandatario, che a sua volta rinvia alla diligenza del buon padre di famiglia (primo comma art. 1176, che appunto stabilisce in che modo vanno adempiute le obbligazioni). Non è una diligenza qualificata (non è una perizia professionale) che si richiede per l’adempimento dell’incarico gestorio in una S.r.l., ma una diligenza ordinaria, cioè quello che farebbe l’uomo medio che si trovasse a svolgere quell’incarico (l’adempimento richiesto o atteso dall’uomo medio), cioè senza competenze specifiche.

Il motivo di questa conclusione è abbastanza semplice ed è lo stesso motivo per cui la diligenza ordinaria, cioè quella del buon padre di famiglia, è richiamata come parametro comportamentale nelle società di persone. Infatti, in quest’ultime società la figura di amministratore è tipicamente ricoperta da parte dei soci: anche nella S.r.l. accade che normalmente la funzione di amministrazione è ricoperta da parte dei soci (sono i soci che spesso ricoprono la stessa carica di amministratori). I soci sono “quelli che sono”, non devono avere una competenza specifica o qualificata per essere soci, hanno soltanto un interesse economico effettivo sull’impresa, devono gestire l’impresa applicando la diligenza media, posto che la gestione non è solo per conto proprio ma è anche per conto della società, cioè per conto di tutti di i soci che costituiscono la società. In definitiva quindi il parametro comportamentale richiesto in questi casi è il normale parametro comportamentale che si pretende da parte di un soggetto che viene investito dell’incarico di gestire per conto altrui. L’archetipo è quello del mandato, che viene appunto declinato nella diligenza del buon padre di famiglia.

Nella S.r.l. la responsabilità, quindi, c’è tutte le volte in cui un comportamento è ritenuto non conforme al parametro della diligenza del buon padre di famiglia e da quel comportamento sono scaturiti dei danni (uno o più danni) che la società può chiamare a rispondere da parte degli amministratori.

Anche qui la responsabilità è solidale, gli amministratori sono cioè solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall’inosservanza dei loro doveri stabili da legge e da statuto. Anche in questo caso c’è l’esenzione della responsabilità nei confronti dell’amministratore che è esente da colpa.

In questa situazione però è più complicato capire in quale modo si possa realizzare questa esenzione di colpa dell’amministratore nei confronti direttamente della società (l’esenzione di colpa può eventualmente essere sempre fatta valere tramite l’esercizio dell’azione di regresso, come visto per gli amministratori di spa): se tutti gli amministratori sono responsabili in solido, chiunque fra gli amministratori può pagare l’intero, salvo poi gli aggiustamenti interni fra di essi attraverso l’esercizio del regresso, regolato rifacendosi alle effettive colpe che gli amministratori hanno.

Nel caso di spa c’è la possibilità di far valere l’esenzione di colpa direttamente verso la società nel caso in cui l’amministratore faccia annotare il proprio dissenso nelle decisioni consiliari e comunichi il dissenso al presiedente dell’organo di controllo. Queste sono delle formalità che permettono di esentare l’amministratore dalla responsabilità gestoria verso la società, perché appunto egli è senza colpa verso la società con riferimento a quell’azione.

Nella S.r.l. si richiama questa possibilità appena descritta, tuttavia l’esenzione non si applica soltanto, in relazione ad un modello di gestione consigliare, agli amministratori che dimostrino di essere esenti da colpa e, essendo a cognizione dell’atto che si stava per compiere, abbiano fatto constatare il proprio dissenso (comma 1, art 2476).

L’esenzione di colpa deve essere fatta valere nella S.r.l. in funzione del tipo di regola amministrativa che regge la funzione: è chiaro che se c’è un consiglio di amministrazione, vale quanto detto per spa; se non c’è un consiglio di amministrazione e quindi: magari c’è la regola refendaria che si applica con riferimento alle decisioni, il dissenso deve essere quello manifestato nel corso del referendum; se si utilizza il modello di amministrazione disgiuntiva, l’assenza della colpa si può dimostrare se si è sollevata l’opposizione su un atto che poi si è rivelato eventualmente dannoso; se c’è l’amministrazione congiuntiva il tutto dipende da come funziona internamente tale amministrazione congiuntiva. Questo è per dire che dovrebbe valere anche nella S.r.l. la possibilità di esentare verso la società per assenza di colpa in caso di responsabilità gestoria, però questa esenzione dalla colpa va però in concreto dimostrata ed è poi differente a seconda delle regole di funzionamento relative alla funzione amministrativa. Dipende dal fatto che la funzione di amministrazione operi per consiglio oppure operi secondo il modello di amministrazione disgiuntiva.

È chiaro quindi che in questo caso la possibilità di dimostrare/rendere rilevante la colpa direttamente verso la società è differente per i diversi tipi di amministrazione prevista, fermo restando che nei rapporti interni fra amministratori le reciproche e specifiche colpe possono essere sempre fatte valere, ma attraverso l’azione di regresso.

La rottura del vincolo solidale della responsabilità amministrativa riguarda soltanto gli amministratori che dimostrino di essere esenti da colpa; non riguarda invece l’eventualità in cui si abbia una delega gestoria: non funziona che una delega gestoria (come visto, la delega può essere istituto utilizzabile anche in questo caso), come per l’ipotesi fatta in spa in cui la delega gestoria funzioni a prescindere dal fatto che sia autoriazzata o meno, interrompe il vincolo solidale riprendendo poi l’eventuale ‘culpa in vigilando’ da parte dei membri del consiglio di amministrazione. Nel caso di S.r.l. l’eventuale utilizzo della delega gestoria, che secondo la prospettiva del prof può riguardare soltanto la gestione corrente dell’amministrazione, non è di per sé sintomatica della rottura del vincolo solidale della responsabilità degli amministratori. Quindi di fatto anche nel caso in cui si utilizzi la delega gestoria, il suo eventuale utilizzo mantiene solidalmente responsabili gli amministratori. Bisognerà successivamente capire se è possibile sfuggire da quella responsabilità, se si ricade nella dimostrazione dell’esenzione di colpa (questo è un profilo molto differente rispetto a quanto visto per la spa).

Domanda: qualora i soci siano anche amministratori, può essere esercitata un’azione di responsabilità dalla società, o può essere esercitata solo da parte dei creditori o soggetti esterni?

Risposta: questo è un discorso un po’ diverso, e riguarda il meccanismo di attivazione della responsabilità. Il problema è capire come questa responsabilità possa essere in concreto attivata.

Come si attiva l’azione di responsabilità?

Questa disposizione sembra essere più lineare rispetto all’equivalente questione nel diritto azionario: si è visto infatti che c’è l’azione sociale e legittimazioni sostitutive ‘a latere’.

Nel diritto della S.r.l. c’è direttamente una legittimazione sostitutiva, cioè non è prevista la possibilità per la società di decidere sull’esercizio dell’azione sociale, sembrerebbe essere irrilevante questa ipotesi. Nella S.r.l. l’azione di responsabilità viene attivata su iniziativa del singolo socio. È un potere molto forte, pensato sul presupposto che la S.r.l. sia un fatto tra soci. È indubbio se l’azione di responsabilità (cioè quindi far valere la responsabilità ai gestori, con i presupposti appena visti) possa essere attivata su iniziativa dei singoli soci, anche nelle S.r.l. PMI (dove abbiamo un elevato numero di soci) i quali indipendentemente dalla loro partecipazione hanno la possibilità di attivare/esercitare l’azione di responsabilità.

Si tratta, in ogni caso, di un classico esempio di legittimazione sostitutiva.

Nel quarto comma dell’art. 2476 c.c. presentato lo stesso problema riguardante le spese che si è precedentemente affrontato per la spa. In questo caso le spese sono a carico di chi agisce, il socio agisce a suo nome per far valere un interesse altrui (è un’ipotesi di legittimazione sostitutiva, il socio si sostituisce alla società, esercitando l’azione di responsabilità verso l’amministratore che abbia potenzialmente leso la società stessa), anche in questo caso come nella spa, il socio deve anticipare e sostenere le spese, le quali anche in questa ipotesi potranno essere rifuse nei confronti dell’attore soltanto in caso di accoglimento della domanda. Anche qui quindi si pone il problema del deterrente rappresentato da queste spese sulla concreta attivazione dell’azione di responsabilità nei confronti degli amministratori da parte di società in bonis.

Per un verso il diritto della S.r.l. arma i singoli soci di questo potere molto forte, ma per un altro verso sembra spuntare quest’arma, nella logica delle legittimazioni sostitutive di diritto italiano, per cui le spese sono anticipate e sostenute dall’attore, salvo a recuperarle da parte della società, per la quale il socio fa valere un suo diritto, ma solo in caso di accoglimento della domanda (quest’elemento rende, nella pratica, inefficiente l’istituto spetto dell’azione di responsabilità).

L’altra questione che va sottolineata, e che si differenzia dal diritto azionario, è quella relativa al fatto che la società può sempre rinunciare all’azione: si può sempre decidere in ordine alla rinuncia all’azione; oppure se l’azione è promossa, prima che il giudizio sia concluso, si può eventualmente precluderne la conclusione attraverso una transazione. In questo caso la società può eventualmente disporre dell’azione di responsabilità attraverso una decisione dei soci, che ha ad oggetto la rinuncia dell’azione (impedisce che l’azione parta da subito oppure se partita può impedirne l’epilogo realizzando una transazione sulla responsabilità degli amministratori).

Da notare che per poter rinunciare o transigere sull’azione è richiesta una maggioranza qualificata pari ai due terzi del capitale sociale, salvo che si oppongano tanti soci che rappresentano il decimo del capitale sociale. quindi bisogna avere da un lato una maggioranza positiva a favore della rinuncia e della transazione, ma dall’altro non bisogna avere un’opposizione di tanti soci che rappresentino il 10% del capitale sociale.

Al prof è sempre parso di capire che l’azione di responsabilità apparentemente attribuita al singolo socio sia di fatto in concreto attribuita a tanti soci che hanno il 10% del capitale sociale (o al singolo socio che ha il 10% del capitale sociale) perché soltanto i soci (/socio) che ha questa percentuale della società possono di fatto impedire che la società neutralizzi il suo potere attraverso rinunce o transazioni dell’azione di responsabilità. Quindi in quest’ottica questo potere individuale, da un lato deve scontare la regola delle spese e dall’altro lato deve scontare questo meccanismo di approvazione della rinuncia e della transazione della responsabilità.

*Domanda: “Anche dopo la sentenza la società potrebbe rinunciare al risarcimento?”*

* *Si, ma in questo caso non si tratta di transazione. La transazione è un contratto che serve, attraverso reciproche concessioni, a risolvere una lite. Questa fattispecie contrattuale è soddisfatta nella misura in cui le parti si fanno reciproche concessioni per venire alla composizione di una lite. È chiaro che se la lite è risolta perché la sentenza è stata data allora non c’è più transazione ma c’è una rinuncia all’obbligazione di responsabilità come modo estintivo dell’obbligazione diverso dall’adempimento.*

*In questa ipotesi, attraverso rinuncia dell’obbligazione, si seguono delle regole di carattere generale.*

*Domanda: con quale quorum deliberativo o costitutivo viene promossa l’azione di responsabilità?*

* *Nella SRL la promozione dell’azione è attribuita esclusivamente al singolo socio. Questo significa che per mandare avanti l’azione di responsabilità non è necessaria una decisione dei soci. Infatti, nell’art. 2479 sulle competenze minime dei singoli soci non appare la decisione di azione di responsabilità. Perché l’azione di responsabilità non passa per decisione dei soci ma è attribuita soltanto in via sostitutiva ai singoli soci, con la conseguenza che un singolo socio, quale che sia la sua partecipazione sociale, può attivare questa.*

*Invece passa per la competenza dei soci la rinuncia alla transazione, questo rende concretamente attribuito il potere di attivare l’azione di responsabilità solo ai soci che hanno il 10% del capitale sociale, perché solo questi possono impedire che la loro azione venga bloccata attraverso rinunce o transazioni.*

*Quindi questo potere, che in apertura viene attribuito a tutti, guardando bene la norma sembra essere attribuito ai soci che hanno una minoranza qualificata (10% del CS).*

*È come per le azioni in riferimento ai soci di minoranza nella SPA, a proposito delle società quotate, dove è modificata l’aliquota di promozione dell’azione ma è rimasta inalterata l’aliquota per opporsi alla rinuncia alla transazione.*

*Domanda: nel caso di attivazione dell’azione di responsabilità nei confronti di una persona giuridica/ amministratore?*

* *Se c’è una persona giuridica l’attivazione della responsabilità, verso la persona giuridica, rispetta le stesse regole viste di recente. Cioè il singolo socio della società amministrata può esercitare l’azione di responsabilità verso l’ente amministratore.*

*In questo caso il problema è diverso, riguarda il legittimato passivo di questa azione di responsabilità. Se il legittimato passivo è solo l’ente amministrante (la società che amministra l’altra società) ovvero se oltre all’ente amministrante c’è anche chi esegue concretamente l’incarico. La seconda ipotesi, è quella condivisibile, in quanto non basta chiamare in causa la persona giuridica amministratore ma va anche materialmente posto in essere l’incarico.*

*Es. Il rappresentante designato va ad eseguire l’incarico, qui c’è una responsabilità solidale tra l’ente avverso alla società amministrata, ente amministrante e soggetto designato all’esecuzione dell’incarico.*

Altra cosa che caratterizza l’azione di responsabilità degli amministratori nella SRL è spiegata dall’art. 2476 comma 8, la quale rende responsabili in solido con gli amministratori (a loro volta solidali) anche i soci che hanno intenzionalmente causato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi.

🡪 È la possibilità in cui vengono chiamati a rispondere per uno stesso evento dannoso non solo gli amministratori, in vista della loro qualifica, ma anche i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento degli atti dannosi.

È una norma che è stata depotenziata dal punto di vista della sua valenza sistematica ed operativa e si regge molto sul presupposto che nella SRL le competenze sono diffuse e non residue, come per SPA, in merito alla funzione amministrativa, possono essere delle competenze condivise tra soci e amministratori.

È molto ampia l’ingerenza dei soci nell’amministrazione della società.

In quest’ottica si giustifica il fatto che se i soci decidono il compimento di alcuni atti e poi questi si rivelano come atti dannosi, oltre agli amministratori che sono sempre responsabili (gli amministratori hanno sempre, in via esclusiva, la funzione di eseguire le delibere/decisioni dei soci, hanno il potere/dovere di valutare se l’esecuzione delle decisioni dei soci creino dei danni alla società), oltre agli amministratori possono essere chiamati a rispondere anche i soci che hanno deciso concretamente quella decisione. Sia in via normale cioè nell’ambito delle regole normali di funzionamento delle decisioni dei soci (assembleari o non assembleari, a seconda dei casi) o comunque in via informale.

*Domanda: “I soci sono responsabili per un danno deliberativo?”*

* *Si, infatti tra le tante importanze sistematiche di questa norma c’è anche il fatto che si configura o si può configurare un’ipotesi di danno deliberativo. Il socio che ha deciso è chiamato a rispondere da parte di chi attiva l’azione di responsabilità.*

La ragione che ha depotenziato la norma sta nel fatto che è stato introdotto un ulteriore comma in questa disposizione (oggi è il sesto comma che nella versione originale della norma non era presente) che introduce una legittimazione sostitutiva in capo ai creditori sociali in maniera non diversa da quanto è previsto nel diritto azionario dall’articolo 2394.

Il sesto comma dell’art. 2476 ha replicato nella SRL l’art. 2394, previsto nel diritto azionario, attribuendo ai creditori, con gli stessi identici presupposti, la possibilità di chiamare a rispondere gli amministratori per i danni cagionati dalla violazione degli obblighi di conservazione di integrità del patrimonio (come presupposto si ha che il patrimonio sociale risulti insufficiente per il pagamento dei debiti sociali).

Si tratta, di fatto, della stessa norma compresi i problemi interpretativi.

🡪 Art. 2476 comma 7. (Equivalente dell’art. 2395)

L’azione è attribuita ai singoli soci o terzi per danni diretti, cagionati dagli amministratori, nell’esercizio delle loro funzioni ai singoli soci o terzi.

Si tratta di una possibilità, che viene attribuita al socio o al terzo, di far valere il danno diretto subito direttamente sul suo patrimonio e non come conseguenza del danno cagionato alla società che potrebbe anche non aver subito danno.

ES: bilancio falso, dichiarazione fiscale non corretta.

Quindi tutte ipotesi di atti compiuti dagli amministratori nell’esercizio delle loro funzioni ma che producono un danno direttamente al socio o terzo e non alla società. Quindi il socio o il terzo potranno personalmente far valere esercitando questa azione.

**Il controllo** all’interno della funzione amministrativa (da approfondire sul manuale)

* **D.lgs. 231/2001**: è un decreto legislativo molto particolare perché prevede la possibilità per la società di essere responsabile per la commissione di un reato insieme alla persona fisica che l’ha commesso (responsabilità da reato dell’ente).

C’è una responsabilità penale per la persona fisica e una penale/amministrativa per la società (essenzialmente sanzioni pecuniarie o interdittive).

L’art.6 del d.lgs. 231/2001 prevede la possibilità di istituire all’interno della società il c.d. organo di vigilanza (è un organo facoltativo), il quale può essere creato ad hoc come organismo autonomo oppure può coincidere con altro organo presente nella società, tipicamente l’organo di controllo (magari per le S.p.A. che hanno il collegio sindacale). Quindi l’organo di vigilanza è: autonomo (soprattutto nelle società più importanti), oppure lo si può identificare con un organo già presente (ovvero l’organo di controllo) che svolgerà anche le funzioni di organo di vigilanza ai sensi del d.lgs. 231.

Questo organo deve introdurre delle regole organizzative per lo svolgimento soprattutto dell’attività gestionale, tali regole devono contemplare dei presidi che siano capaci di impedire o intercettare il compimento di reati da parte dei gestori. Di fatto è un organo che verifica che l’attività dei gestori- o dei c.d. soggetti apicali (ai sensi di questo provvedimento) - rispetti delle regole organizzative introdotte all’interno della società che possano impedire o intercettare il compimento di reati. Quindi se il sistema di vigilanza previsto da tale d.lgs. 231 è operativo e si dimostra essere funzionante, nel caso in cui qualcuno commetta un reato allora la società può dimostrare di essere esente da colpa, dimostrando che l’organizzazione che voleva impedire i reati c’era e ha regolarmente funzionato, ma che tuttavia la commissione di questo reato è in qualche modo scappata dal controllo che può essere richiesto alla società. Pertanto, se si dimostra questo, allora l’illecito penale non comporta nei confronti della società la responsabilità che ne discende, cioè il pagamento di una sanzione pecuniaria ovvero una sanzione interdittiva (che può impedire alla società ad es. di poter partecipare a gare di appalto di matrice pubblica).

**La revisione legale dei conti**

La revisione legale dei conti è stata riformata dal d.lgs. 39/2010. L’obiettivo perseguito da questa disciplina è quello di assicurare che, quanto meno nelle società per azioni, il controllo sui conti annuali e consolidati sia da un lato svolto professionalmente e dall’altro svolto in maniera indipendente.

Sul piano della *professionalità* del revisore, esiste un albo dei revisori al quale si accede con predeterminati requisiti previo superamento di un esame di Stato (che adesso è del tutto autonomo e non più conglobato nell’esame di abilitazione da dottore commercialista, in quanto in seguito al decreto 39 le due professionalità sono definite autonome).

Sul piano dell’*indipendenza* del revisore: l’art. 10 prevede dei requisiti di indipendenza molto più stringenti soprattutto rispetto a quelli stabiliti con riferimento ai sindaci della società. Essi riguardano: la durata dell’incarico (deve essere triennale), il cumulo degli incarichi tra le varie società (poiché non si può essere revisori contestualmente in più di un certo numero di società) e la remunerazione per l’incarico, il quale va approvato dai soci che lo conferiscono con delibera assembleare. Il requisito di indipendenza è anche più stringente con riferimento al caso in cui la società in cui viene svolta la revisione appartenga alla categoria degli enti di interesse pubblico di cui all’art.16 del decreto legislativo 39 (le banche, le assicurazioni etc.). In tal caso l’incarico può durare al massimo tre anni dopo i quali vi è un periodo di “raffreddamento”, nel senso che il revisore non potrà essere di nuovo nominato nella stessa società per almeno un triennio. Anche qui sono poi previste regole che vietano il cumulo degli incarichi, ma soprattutto il problema dell’indipendenza del revisore viene in tali casi assicurato dettando delle regole particolari per quanto riguarda le attività di consulenza: cioè chi è revisore negli enti di interesse pubblico non può fare attività di consulenza così come non può trasferire personale alla società revisionata. Queste sono tutte accortezze che cercano di assicurare che, per lo meno in determinati enti, la revisione contabile raggiunga l’obiettivo.

IL COLLEGIO SINDACALE

In quanto organo di controllo, è un organo caratteristico del sistema di governance tradizionale (perché negli altri 2 sistemi di amministrazione e controllo- dualistico e monolitico- non c’è un vero e proprio organo di controllo). Esso è un organo pluripersonale (nella S.p.A.), sicché il suo operato è retto dalla regola collegiale. È un organo di matrice assembleare, inoltre può esservi una nomina particolare di sindaco attribuita all’ente pubblico socio, il quale potrà nominare alcuni componenti dell’organo di controllo.

Esso è quindi un organo di derivazione assembleare, in quanto sono i soci che nominano da un lato gli amministratori e dall’altro i soggetti che devono controllare gli amministratori.

L’emancipazione dell’organo di controllo dalla maggioranza che ha nominato gli stessi amministratori, viene perseguita innanzitutto chiedendo ai componenti di possedere delle competenze professionali di un certo tipo, inoltre prevedendo che almeno un componente debba essere revisore. In merito a quest’ultimo proposito non si esclude che un componente dell’organo sindacale sia una società di revisione, la quale sieda, tramite un suo rappresentante designato, nel collegio sindacale di una società (si ha quindi il sindaco persona giuridica).

Il secondo modo per emancipare l’organo di controllo dalla maggioranza che l’ha nominato è il presidente, il quale è sempre nominato dall’assemblea (non dallo stesso collegio). Nelle società quotate egli è sempre nominato dalla minoranza. Sappiamo che la nomina dei membri dell’organo di controllo è sempre di matrice assembleare e anche in tal caso vale il sistema del voto di lista, ne consegue che il presidente del collegio sindacale va sempre preso dalla lista risultata seconda per numero di voti, la quale deve per altro non essere in alcun modo imparentata con liste della maggioranza, affinché il presidente sia espressione della minoranza. Vi sono poi dei requisiti di indipendenza dei sindaci, art.2399 (che è una norma “fotocopia” dell’art.148 co.3 del TUF sui requisiti di indipendenza dei sindaci delle società quotate), e sono gli stessi visti a proposito della figura dell’amministratore indipendente: non deve avere una storia parentale con amministratori o soci di controllo della società e non deve aver avuto una storia professionale con la società in cui esercita l’attività di controllo. Sono regole quindi molto simili tra società quotate e non quotate. Inoltre, al fine di emancipare tale organo dalla maggioranza o dagli amministratori, la remunerazione va stabilita una volta per tutte nel momento della nomina dell’organo.

Per quanto riguarda la stabilità dell’organo, con riferimento alla revoca dei componenti si prevede che la revoca dei sindaci sia subordinata alla giusta causa la cui sussistenza viene accertata dal tribunale, cosicché si impedisca la rimozione di soggetti non graditi alla maggioranza.

Da un punto di vista teorico e pratico si è posto un problema relativo all’*efficacia* della rinuncia all’incarico da parte del sindaco. Si ritiene divenga efficace quando essa perviene nella sfera conoscitiva della società, quindi normalmente il sindaco informa l’amministratore, con potere di rappresentanza, della suddetta rinuncia, e una volta che essa viene acquisita da tale amministratore, come qualunque atto unilaterale recettizio questo produce effetto e quindi essa diviene immediatamente efficace e operativa. Si è posto da un punto di vista pratico il problema se il rinunciante possa disporre del termine di efficacia della rinuncia, cioè se egli possa rinunciare facendo decorrere la rinuncia ad una certa data ad es. comunico oggi la mia rinuncia che sarà operativa a decorrere dall’assemblea che approva il bilancio di esercizio. Un’altra questione riguarda la possibilità di revoca della rinuncia all’incarico. Il punto non è pacifico, l’autore del manuale rappresenta forse la voce più autorevole sul tema, ed egli mette in evidenza come la rinuncia del sindaco è una rinuncia i cui effetti non possono essere disposti dall’autonomia privata, ed essa quindi produce effetti immediati di carattere organizzativo tendenzialmente irrevocabili. Questo perché il collegio sindacale ha una struttura particolare: è composto da sindaci effettivi (3 o 5, mentre nelle quotate un minimo di 3 ma non vi è un numero massimo) e da supplenti (2), previsti per l’eventualità per cui un sindaco effettivo decade o viene meno dal suo incarico. In questo ultimo caso, come quando ad es. si rinuncia all’incarico, ne consegue che automaticamente subentra il sindaco supplente (di solito il più anziano), sicché la rinuncia dell’incarico produce effetti che sono irretrattabili perché vanno ad incidere sulla sfera di altro soggetto (in tal caso il supplente).

Domanda: *l’ingresso del sindaco supplente implica la nomina di un ulteriore supplente in contemporanea?*

No, fintanto che l’assemblea non si pronuncia. Infatti, la nomina del sindaco (supplente in effettivo), la mantiene fino alla successiva assemblea, la quale poi lo deve o confermare ad effettivo (e di conseguenza nominare un nuovo supplente) oppure in caso contrario far tornare il sindaco in questione a supplente e nominarne uno effettivo. Il problema si è posto quando i sindaci supplenti non consentono di reintegrare l’organo di controllo poiché ad es. da un collegio sindacale di 5 se ne sono dimessi 3 ma ci sono solo 2 supplenti. In tal caso bisogna immediatamente convocare l’assemblea per ricostituire l’organo di controllo sia nella componente effettiva che nella componente dei sindaci supplenti.

**LEZIONE 19/05/2021**

**Sistema di controllo nella S.p.A**  
L’organo di vertice del sistema di controllo della S.p.A è il collegio sindacale, nella prospettiva che essa utilizzi il sistema tradizionale di governance; le competenze e i doveri attribuiti ad esso sono diversi.  
La norma di riferimento è l’art. 2403 cc che vede il suo corrispondente all’art.149 del TUF che per certi versi possono ritenersi sovrapponibili. Si nota che i doveri, le competenze del collegio sindacale sono un po’ “a certi concentrici” nel senso che si parte da un dovere molto generale per poi andare a restringere, a specificare questo dovere di intervento in modo più specifico.   
Infatti, il collegio sindacale NON può essere rappresentato dal sindaco unico in una spa (è sempre un organo collegiale).  
  
**DOVERI DEL COLLEGIO SINDACALE**  
Il dovere generico attribuito al collegio è quello di vigilare sull’osservanza della legge e dello statuto, ossia il sindaco deve verificare di fatto che lo svolgimento dell’intera attività sociale avvenga all’insegna della legalità (dovere generico), rispettando da un lato la legge e dall’altro lo statuto. Ciò presuppone il fatto che il collegio abbia il potere/dovere di partecipare all’assemblea per valutare che essa si svolga in conformità alla legge e allo statuto, di fatti il collegio sindacale ha una legittimazione attiva ad impugnare le delibere assembleari nella misura in cui ritenga che esse siano assunte in modo non conforme alla legge o allo statuto.  
Il primo controllo viene effettuato sull’attività, sulle decisioni dei soci nel contesto assembleare.  
Si può fare lo stesso discorso per l’organo amministrativo: il collegio sindacale ha il potere/dovere di partecipare alle adunanze del consiglio di amministrazione così come alle adunanze dell’eventuale comitato esecutivo, di fatto partecipare nei consessi in cui si formano le decisioni della società, siano esse decisioni dei soci (delibere assembleari) siano esse decisioni amministrative (delibere consiliari o delibere del comitato esecutivo). Anche per l’organo amministrativo, il collegio possiede legittimazione attiva  
Il collegio partecipa per verificare che l’assunzione di tali delibere sia conforme alla legge e allo statuto laddove lo ritenga opportuno, ha il potere/dovere di impugnare le delibere (sia assembleari sia consiliari). In prima battuta, abbiamo l’organo di controllo che di fatto opera/svolge dei controlli in senso generico sull’attività sociale in quanto tale, intesa come attività produttiva di decisione sia sui soci che sugli amministratori, è richiesta quindi nelle adunanze assembleari/consiliari una partecipazione attiva, con la conseguenza che ne discendono in caso di rilevazione della non conformità alla legge o allo statuto.  
  
Successivamente la norma parla del controllo del rispetto di principi di corretta amministrazione ( si va quindi più nello specifico): si deve verificare che gli amministratori svolgano la loro funzione secondo principi genericamente accettati di corretta gestione dell’impresa ossia che sia oculata, prudente, si verifica la conformità dell’organo amministrativo ai principi tecnico aziendali di corretta gestione dell’impresa, di fatti i dati a cui si attiene il collegio sono dati extra giuridici, dati tecnici, best practicies (ad esempio che le decisioni vengano prese in base alla struttura finanziaria di una certa impresa, non azzardata).   
Per capire concretamente come avviene concretamente ciò si può consultare i principi di comportamento suggeriti dal Consiglio nazionali di Dott. Commercialisti e esperti contabili che producono tali principi tesi a suggerire ai sindaci come devono comportarsi per accertare il rispetto di principi di corretta amministrazione (è necessario sempre adeguarli al singolo caso di specie).  
  
La norma continua specificando che in particolare il controllo deve riguardare l’adeguatezza degli assetti organizzativi (secondo il Professore questa non è una competenza dei sindaci poiché il controllo dell’adeguatezza degli assetti è valutata dal consiglio, che può essere anche delegata come funzione nel caso in cui la delega sia autorizzata; probabilmente si intende che il collegio vada a verificare se il consiglio abbia fatto o faccia tutto il possibile per assicurare che la società abbia assetti adeguati, un controllo sul modo in cui l’amministrazione assicuri l’adeguatezza degli assetti).   
In quest’ottica dovrebbe cogliersi anche il tipo di intervento che viene richiesto al collegio sindacale con riferimento all’adeguatezza degli assetti ex art. 2086 co 2 cc, norma che impone all’adeguatezza degli assetti nella prospettiva di prevenire una crisi d’impresa, nella prospettiva di assicurare che sia sotto controllo la così detta continuità aziendale (laddove messa a repentaglio ne consegue il rischio che si verifichi uno stato di crisi d’impresa): anche qui è da intendere che il collegio sindacale dovrebbe accertare che l’organo amministrativo, garante dell’adeguatezza degli assetti, faccia quanto nella sua competenza per assicurare che tale adeguatezza ci sia nella società in concreto, si controlla sul modo in cui l’organo amministrativo garantisce l’adeguatezza degli assetti.  
  
Tutto ciò è ripreso dell’art.149 TUF che ripete ciò che è stato detto fin qui + delle aggiunte:  
Il collegio sindacale in una società quotata deve anche controllare, non solo i principi di corretta amministrazione e in particolare l’adeguatezza degli assetti, ma in particolare il *sistema di controllo interno.****Il sistema di controllo interno:***è un sistema che sarà sicuramente presente nelle società più importanti, è inteso come sistema di budgeting, sistema di programmazione e controllo ossia di gestione programmata con preventivi di carattere industriale o finanziario e con un riscontro ex post finalizzato ad evidenziare degli scostamenti tra ciò che era preventivato e ciò che effettivamente si è realizzato per capire la ragione di tali scostamenti ed eventualmente intervenire. Sono dei sistemi organizzativi tecnici molto costosi, non è presente in tutte le società ed è per questo che il codice civile non lo menziona: una S.p.A qualunque non può avere questo tipo di sistema di attenzione per la gestione, ma è ragionevole pensare che esso sia presente in *società quotate*.  
  
Sempre nell’ambito di ***società quotata*** è richiesto il controllo del collegio sindacale sulla conformità rispetto ai codici di comportamento ai quali eventualmente la società aderisce: ad esempio potrebbe aderire al codice di corporate governance di Borsa italiana, è quindi necessario che qualcuno monitori l’applicazione concreta.  
  
Negli enti di interesse pubblico (EIP), principalmente sono società quotate, ma non solo, è **istituito il comitato per controllo interno della revisione contabile** ossia un presidio di carattere organizzativo sul controllo interno e sulla revisione contabile che ha funzioni legate al corretto funzionamento sul controllo interno e legate al modo con cui la revisione contabile viene svolta sia sui conti annuali che su quelli consolidati. Questo comitato sul controllo interno e sulla revisione contabile può coincidere (ma non deve) con il collegio sindacale Di fatto tra le incombenze del collegio sindacale in questi casi (nell’ambito di società che costituiscono ipotesi di enti di interesse pubblico) potrebbe essere investito di tale funzione di comitato per il controllo interno e per la revisione contabile.  
  
Non c’è invece come competenza/dovere del collegio sindacale la revisione contabile che in una S.p.A è attribuita a soggetti esterni come revisori o società di revisione che operano ai sensi del decreto 39/2010 che sia o meno un EIP. Per alcune S.p.A può esserci però una deroga in particolare per S.p.A non tenute alla relazione del bilancio consolidato che non sono aperte al mercato di capitale di rischio, non hanno quindi un azionariato diffuso e non sono capogruppo: esse possono avere il collegio sindacale che si occupa di revisione contabile. Rimane fermo il fatto che è necessario chiedere in parere di congruità al collegio sindacale riguardo voci di immobilizzazioni immateriali come l’avviamento, costi di impianto e di ampliamento, sul soprapprezzo in ambito di aumento di capitale sociale, o anche quando in assemblea va presentata la relazione ex art. 2446 (perdita rilevante), in caso di deroga al principio di valutazione che sono subordinate al loro parere.   
Il collegio sindacale quindi deve dare un’attenzione al sistema di scritturazione contabile, altrimenti non può realizzare questo tipo di opinioni e valutazione che la legge gli richiede.  
ha un potere di controllo di legalità, questi doveri elencati dovrebbero nell’insieme significare che svolge un controllo di mera legalità non solo formale ma anche sostanziale finalizzata cioè a verificare che non venga rispettato un certo procedimento ma che tale procedimento sia razionale e coerente; si esclude il cosiddetto controllo di merito che abbiamo visto nell’ambito del cda sull’attività del delegato, sul modo in cui il delegato esercita la delegata e come reagisce a fronte dei suoi giudizi.  
La responsabilità del collegio sindacale è una **responsabilità per cupla in vigilando** (*anche se può essere anche responsabilità per fatto proprio ossia quando abbia omesso di svolgere attività di controllo ma spesso viene coinvolto nelle azioni di responsabilità degli amministratori*), anche se spesso viene chiamato a rispondere insieme agli amministratori senza distinguere sul presupposto che esso sia l’organo che controlli il modo in cui l’amministrazione esercita l’impresa [questo è un aspetto che lascia perplessi, che va valutata alla luce della legislazione più recente: nell’ambito di una società quotata, guardano il codice di autodisciplina si chiede al collegio sindacale un controllo ex ante sull’organo amministrativo, rischiando così di sfociare sul merito della decisione, da cui la chiamata a responsabilità dei sindaci quando c’è da esercitare l’azione di responsabilità verso gli amministratori].  
Nel codice della crisi di impresa è stata recentemente introdotta una norma nell’ambito di una generale disciplina dei sistemi di prevenzione della crisi che stabilisce che siano accertati dei significativi indici di crisi (come fossero indici di bilanci che se rispettati la continuità aziendale non dovrebbe essere compromessa), art.14 della crisi d’impresa difatti attribuisce al collegio sindacale il controllo su tali indicatori di crisi, controllo che dovrebbe operare se ciò non viene fatto dagli amministratori.

**POTERI DEL COLLEGIO SINDACALE**

**Art.2403 bis cc e 151TUF**: norme per certi versi sovrapponibili proprio perché la soluzione del TUF è stata generalizzata nell’ambito della società quotata.

Come può il sindaco adempiere ai doveri indicati precedentemente ?  
Il potere di controllo si specifica in due forme di potere cioè **potere informativo** e **potere ispettivo.  
Il potere informativo:** i sindaci inizialmente doveva andare alla ricerca delle informazioni, oggi esso è destinatario di un flusso informativo inter organico, cioè l’organo amministrativo deve informare il collegio sindacale (non è un potere di ricerca di informazioni ma un potere di acquisirle); il collegio può comunque chiedere agli amministratori informazioni aggiuntive nel caso non bastino per i controlli quelle ricevute, questa richiesta oggi può avvenire come singolo sindaco, si ha potere individuale (e non collegiale).  
**Il potere ispettivo:** si esercita quando si vuole verificare ciò che si è ricevuto sul piano informativo, ci si vuole accertare in concreto dell’attendibilità di certe informazioni che magari non mi tornano, esercitabile individualmente da parte del singolo sindaco in modo autonomo. Tale attività ispettiva spesso è occasionata da una denuncia che i soci fanno al collegio sindacale: in una S.p.A il potere di controllo del socio non c’è (il socio non è investito a differenza della S.r.l del potere di controllo), ma può esercitare tale potere tramite i sindaci tramite questa denuncia ai sensi dell’art 2408 cc che attribuisce potere al socio o alla minoranza dei cosiddetti fatti censurabili che vuole portare all’attenzione del collegio. Se la denuncia proviene da soci che rappresentano 1/20 del capitale sociale (5%) oppure 1/50 (2%) nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, ossia da soci che rappresentano la minoranza qualificata, il collegio sindacale dovrà indagare: ha un potere di attivare senza ritardo per verificare la fondatezza dei fatti denunciati (quindi accertare che quanto è rappresentato dalla minoranza sia o meno un problema).

Tutto questo che esito ha?  
I controlli effettuati dal collegio sindacale dovranno essere riferiti all’assemblea.  
Se si parla della denuncia della minoranza qualificata dovranno essere esposti i fatti alla prima assemblea utile altrimenti in ogni caso il collegio riferirà all’assemblea in sede di approvazione del bilancio di esercizio che di fatti è corredato da un allegato cioè *relazione del collegio sindacale* con cui viene sintetizzata l’attività da essi svolta nell’arco dell’anno.

**Domanda: Il collegio sindacale può autonomamente convocare l’assemblea?** In una società quotata questo potere esiste, infatti l’art.151 stabilisce che il collegio sindacale ha potere autonomo di convocazione dell’assemblea laddove ci sia interesse della società senza aspettare la prima assemblea utile: presidente del collegio informa il presidente del C.d.A sul fatto che intende convocare l’assemblea (organo di controllo convoca assemblea dandone preavviso all’organo naturale per la convocazione dell’assemblea). Per le società non quotate questo non vale, per esse trova applicazione l’art. 2406 co 2 laddove si dice che il collegio sindacale convoca l’assemblea qualora nell’espletamento del suo incarico ravvisi **fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia necessità urgente di provvedere** (è una duplice condizione al potere autonomo di convocazione dell’assemblea da parte del collegio). Al di fuori di tale ipotesi il collegio non ha potere autonomo di convocazione, può convocare l’assemblea in via suppletiva/sostitutiva rispetto al potere autonomo attribuito all’amministrazione.Quindi il collegio svolge il controllo, dice cosa ha eventualmente riscontrato in modo che il socio potrà decidere cosa fare, se confermare o revocare gli amministratori.

Successivamente sono stati aggiunti, *generalizzando la disciplina prevista per il collegio sindacale per le società quotate*, ulteriori poteri reattivi:

* Il collegio sindacale può esercitare l’azione di responsabilità verso gli amministratori seppure con una maggioranza qualificata, riguardo materie che possono essere controllate dallo stesso collegio (non può ad esempio riguardare il merito gestorio di una certa operazione poiché non ne hanno competenza).
* C’è la possibilità sempre per il collegio sindacale di attivare il controllo giudiziario sulla gestione: art.2409 *denuncia al tribunale* in caso di irregolarità gravi degli amministratori il collegio può denunciare questi fatti al tribunale ad attivare il meccanismo che passa dall’accertamento del tribunale della sussistenza delle irregolarità, se ritenute fondate il tribunale revoca il consiglio di amministrazione e attribuisce la gestione della società ad un commissario giudiziale che deve gestire la società nella prospettiva del superamento delle irregolarità, portando eventualmente la società alla liquidazione. Questo procedimento è molto complesso e può essere attivato in modo autonomo dal collegio sindacale anche se non può convocare l’assemblea (è un po’ un paradosso perché a volte sarebbe più facile parlare con gli amministratori anziché ricorrere direttamente al tribunale, il controllo giudiziale è un istituto particolarmente invasivo e potrebbe avere conseguenze sul piano del mercato, ma non ne ha poteri). L’art.2409 è un procedimento autonomo: paradossalmente il collegio non può dapprima convocare l’assemblea (subordinata al ricorrere dei requisiti del comma 2 art.2406) ma possa invece fare denuncia al tribunale attivando un procedimento invasivo.

**ART.2409 DA STUDIARE AUTONOMAMENTE**

Nelle società quotate si aggiunge un potere/dovere:

* denunciare le irregolarità riscontrate alla Consob, il collegio in questo modo attiverà provvedimenti informativi e ispettivi della Consob nella sua attività di controllo sugli emittenti quotati.

Tempo fa si riteneva che il collegio fosse “l’occhio dell’assemblea” sulla gestione e amministrazione della società ma oramai è un organo che ha il compito di salvaguardare, garantire in senso oggettivo, la legalità della società.  
  
**AZIONE DI RESPONSABILITÀ**  
Il collegio sindacale risponde per fatto proprio, più frequentemente risponde per fatto altrui e quindi per *culpa in vigilando,* ciò rende impropriamente il collegio sindacale una sorta di garante oggettivo della legalità sociale.  
  
C’è un problema di fondo che riguarda questo organo, problema storico, ossia che nelle società non quotate sia a struttura semirigida (3 o 5 membri) ma a volte si avrebbe l’esigenza di avere un numero più ampio di membri vista la mole di lavoro che deve fare. Si ritiene però superata visto che il collegio deve avere al minimo 3 membri e il massimo è invece indicato dallo statuto, ma nella prassi il collegio è composto con il numero minimo richiesto dalla legge.  
Un altro problema: il collegio sindacale può usare certamente die dipendenti, degli ausiliari per svolgere le incombenti funzioni che fanno capo all’organo. **Ma come vengono remunerati?** L’uso di questi soggetti è infatti subordinato al fatto che a sue spese il collegio dovrà utilizzare tali figure, ciò comporta il fatto che vengono utilizzate raramente. Capita anche però nelle società più grandi che la società sia dotata di un fondo, il cda destina risorse al collegio per spese di funzionamento (diversa dalla remunerazione dei sindaci).

**SISTEMA DI CONTROLLO NELLA SRL**  
Nella S.r.l il presidio dei controlli sono in capo ai soci, cioè rappresenta un diritto del socio in quanto tale quello di esercitare un potere di controllo laddove il socio non sia amministratore; se il socio non è amministratore, come socio di una società personale ha il potere di controllo sull’attività amministrativa e gestoria uguale (stesso potere, forse anche più ampio). **Potere che spetta al socio in quanto tale, ma questo è vero anche in S.r.l PMI con tanti soci?** Non si sa.  
  
Potere di controllo del socio nelle 2 declinazioni:   
- potere informativo (posso informarmi degli andamenti sociali nei confronti degli amministratori, e loro devono rispondermi),   
- potere ispettivo (verifica in concreto rispetto alle informazioni ricevute) è un potere esercitabile attraverso un professionista di fiducia, quindi il commercialista di fiducia può accompagnare il socio nell’attività ispettiva nella società finalizzata ad accertare la congruità delle informazioni ricevute, spesso tale attività allargata in maniera abnorme, quindi il socio cerca di acquisire tutto ciò che può acquisire; l’oggetto dell’ispezione riguarda le scritture contabili con le quali si accerta la fondatezza delle informazioni che dovrei aver ricevuto dagli amministratori.  
Inoltre, il socio ha potere di rendiconto che è esercitato in sede di approvazione del bilancio di esercizio.

È possibile che lo statuto preveda un organo di controllo, nella S.r.l l’autonomia statutaria può prevedere l’introduzione di questo organo che può essere unipersonale (come revisore o sindaco unico) o pluripersonale (collegio). Di default, se lo statuto non dispone diversamente l’organo di controllo è costituito da un solo membro effettivo Art.2477, e quindi un organo unipersonale.  
L’autonomia statutaria ha una grande importanza in questo caso perché oltre a decidere di introdurre questo organo può anche fissare le sue competenze, stabilire cosa questo organo va a controllare:  
può esercitare controllo contabile o altrimenti può esercitare un controllo gestorio (non diverso da quello che esercita il socio in quanto tale) sugli amministratori, sui principi di corretta amministrazione.  
Il controllo contabile può essere alternativo o complementare a quello gestorio, quindi o controlla le scritture contabili o controlla la gestione o entrambe, viene stabilito dallo statuto.

**Problema:** la presenza dell’organo di controllo riduce o impatta sul controllo dei soci? Oppure se c’è un organo di controllo i soci possono esercitare i poteri a loro riconosciuti dall’art 2476 co 2?  
La risposta che viene data pressoché pacificamente è che il controllo dei soci si affianca a quello dell’organo di controllo, si aggiunge a quello dei soci (non si sa se vale anche per le PMI).

***Domanda:*** *il sindaco unico di S.r.l non deve per forza essere un revisore giusto?*

Giusto, il sindaco di una S.r.l ha la competenza professionale che eventualmente lo statuto richiede, dovrà essere un revisore solo nella misura in cui all’organo di controllo si attribuisce la funzione di controllo contabile, altrimenti l’organo di controllo può essere formato da un professionista non iscritto all’albo. Questa però è una conclusione per la quale va usato il condizionale, perché c’è una norma di non facile interpretazione, comma 4 art 2477 cc laddove si dice che in caso di nomina di un organo di controllo anche monocratico si applicano le disposizioni del collegio sindacale previste per la S.p.A. Qualcuno ne deduce che l’organo di controllo di una S.r.l deve avere la composizione prevista per il collegio sindacale della S.p.A (dove ci deve essere almeno un revisore). Secondo il prof questa non è un’interpretazione corretta anche se è sostenuta (in forza del quarto comma sopra richiamato). Sempre secondo il prof la norma va applicata all’organo di controllo della S.r.l in quanto compatibile, quindi così come l’organo di controllo della S.r.l potrebbe avere come unica funzione quella di avere i conti della società, così si dovrebbe risolvere il problema con riferimento alle competenze professionali di coloro che costituiscono questo organo.

**È previsto il sindaco supplente?** anche qui lo statuto può decidere come crede, potrebbe non esserci il sindaco supplente e quindi in quel caso si pone il problema dell’efficacia delle dimissioni del componente di questo organo, l’autonomia statutaria è molto flessibile, non si capisce come si deve intendere il 4 comma che si è detto.

Ci sono dei casi in cui il collegio sindacale è obbligatorio, si trovano al comma 2 art 2477 cioè quando la società è tenuta alla redazione del bilancio consolidato, quando la società controlla una società obbligata alla revisione legale dei conti, per esempio controlla una società quotata e quando supera per due esercizi consecutivi almeno uno dei limiti indicati da questa norma (oltre 4 mln attivo, oltre 4 mln di ricavi e almeno 20 dipendenti). Anche qui L’organo di controllo può essere unipersonale o collegiale, può avere una competenza che è quella che stabilisce lo statuto. È una falsa conclusione quella di ritenere che l’organo di controllo obbligatorio della S.r.l debba avere competenza di controllo contabile, la competenza la stabilisce lo statuto. Salvo un caso che si desume dall’art 16 comma 2 del decreto 39 del 2010 (norma sugli enti di interesse pubblico), le società che controllano enti di interesse pubblico allora la revisione contabile deve essere affidata ad un revisore esterno quindi solo in questo caso l’organo di controllo obbligatorio di una S.r.l è limitato sul piano della competenza (non può avere il controllo contabile che viene affidato ad un revisore esterno o una società di revisione).

**IL GRUPPO DI SOCIETÀ**

Cosa è un gruppo?

Sotto il profilo giuridico è una forma strutturale d’impresa.

L’impresa è unica del gruppo che però viene articolata in tante unità giuridico soggettive autonome e indipendenti che sono tra di loro coordinate per lo svolgimento di un’unica attività economica che è l’impresa di gruppo.

Normalmente è svolta in più strutture, che sono delle società (noi ragioneremo sul fatto che siano società di capitali).

Perché viene fatto un gruppo?

La ragione più banale per la quale si costituisce un gruppo è il frazionamento del rischio.

Ogni entità soggettiva autonoma sopporta il rischio per quella parte di impresa del gruppo che viene esercitata, quindi il rischio non è accentrato ma è frazionato nelle varie unità.

Inoltre per l’effetto della leva finanziaria, chi vuole raggiungere il governo del gruppo non ha bisogno di raggiungere il 50% del capitale di rischio.

Basta avere il potere all’interno di ogni singola unità in modo da ridurre l’investimento in capitale di rischio che si deve effettuare per avere il controllo.

È chiaro che il gruppo poi crea delle sinergie, delle razionalizzazioni sul piano fiscale.

Si spende meno in termini di capitale proprio per avere il potere di coordinamento, di controllo.

Il potere di controllo significa che tendenzialmente posso scegliere chi nominare come amministratore di ogni singola unità del gruppo, posso anche scegliere se approvare o meno il bilancio di esercizio così come revocare o meno gli amministratori ed eventualmente esercitare un’azione di responsabilità.

Il controllo può essere di due tipi: paritetico o gerarchico.

Di conseguenza ci sono due tipologie di gruppi: i gruppi paritetici e i gruppi gerarchici.

Controllo paritetico è il controllo in capo a due o più soggetti, un sinonimo potrebbe essere il controllo congiunto.

Nessuno dei soggetti ha la possibilità di prevalere sugli altri.

È il controllo che si ha nelle joint venture, dove si ha un’impresa comune.

Esempio : ho una Spa partecipata al 50% dall’impresa A e al 50% dall’impresa B.

Il gruppo paritetico è molto particolare, molto diffuso nel contesto della cooperazione d’impresa, presenta gravi problemi sul piano dell’antitrust.

Noi guardiamo il gruppo che nasce dal controllo gerarchico, dove c’è una posizione soggettiva che può esercitare il potere di controllo sulla partecipata.

Soggetto che sceglie chi sono gli amministratori, se approvare il bilancio, se revocare gli amministratori, se esercitare l’azione di responsabilità.

Il controllo all’interno della società è di un solo soggetto. Il presupposto ma non sufficiente per creare un gruppo è il controllo.

Come nasce il potere di controllo?

Normalmente è la partecipazione che mi permette di esercitare il controllo sulla partecipata.

La partecipazione di controllo permette di nominare gli amministratori, approvare il bilancio etc.

La partecipazione è sicuramente di controllo quando attribuisce più del 50% dei voti esercitabili in assemblea, in questo caso avrò la maggioranza assoluta.

In questo caso si parla di controllo di diritto.

Non è l’unico controllo perché se guardiamo l’art 2359 cc qualifica come partecipazione di controllo anche quella che consente di disporre dei voti sufficienti per esercitare l’influenza dominante nell’assemblea ordinaria.

In questa seconda ipotesi si parla di controllo di fatto.

È un potere che deriva da circostanze di fatto.

Non si è soci di maggioranza assoluta, ma, supponendo che ad un’assemblea partecipi solo il 70% del capitale, sfruttando l’assenteismo di alcuni soci in assemblea, la mia partecipazione basta per esercitare un’influenza dominante, per comportarmi indipendentemente dagli altri, senza dover stipulare accordi con altri.

Soprattutto in ragione della partecipazione effettiva in assemblea posso dettare la mia volontà a prescindere dagli altri.

Si hanno voti sufficienti per esercitare influenza dominante nell’assemblea ordinaria.

La situazione di controllo non può essere una situazione casuale, non perché ho casualmente la maggioranza in un’assemblea allora sono socio di controllo, bisogna guardare lo storico delle partecipazioni.

Deve esserci stabilità, non è una situazione casuale.

L’influenza dominante deve essere un potere stabile. Bisogna verificare guardando lo storico dell’assemblea.

Quanta gente partecipa normalmente all’assemblea? In base a ciò si può decidere se la partecipazione è di controllo o meno.

Nella parte iniziale della vita di una società al massimo si può presumere il controllo, ma non è mai una presunzione assoluta. Nella pratica non è mai facile accertare il controllo di fatto.

Art 2359 cc impropriamente identificata come norma definitoria del controllo.

In realtà il controllo è un concetto variabile, non c’è una definizione unica ci sono tantissime altre norme che stabiliscono cosa è il controllo per quella legge.

Le altre norme che definiscono il controllo diverse dal codice hanno sempre cura di precisare cosa si intende per quelle norme influenza dominante :

* Si trova il controllo nel dlgs 127 sul bilancio consolidato del gruppo all’articolo 26,
* art 23 del tub mi dice cosa è il controllo ai fini della disciplina del controllo bancario,
* art 7 della legge antitrust dice cosa è il controllo al fine dell’applicazione della legge antitrust.

Il controllo di diritto è sempre uguale, si fa riferimento al 50%+1 del capitale.

Il problema va accertato quando la partecipazione è inferiore al 50%, bisogna vedere se la partecipazione consente di esercitare l’influenza dominante.

Guardiamo un caso.

Art 93 TUF mi dice cosa è il controllo per il testo unico della finanza e per l’art 93 l’influenza dominante.

Punto b) Le imprese in cui un socio in base ad accordi con altri soci dispone da solo dei voti sufficienti per esercitare influenza dominante nell’assemblea ordinaria.

Quindi in questa norma si fa riferimento al sindacato di voto (“in base ad accordi con altri soci”), ma sono quei sindacati che consentono ad uno dei soci aderenti di esercitare al socio da solo l’influenza dominante in assemblea.

La figura di controllo è attribuita in capo al socio aderente al sindacato di voto a maggioranza se ha voti sufficienti in base al patto per esercitare influenza dominante in assemblea.

Questo come controllo da partecipazione, ma c’è un’altra fonte del controllo.

Il controllo può derivare da un contratto.

Ci sono diversi contratti dai quali si può acquisire il controllo.

Contratti di dominio sono contratti stipulati con un soggetto che attribuiscono il governo della società, acquisto per effetto del contratto di dominio il potere della società.

Noi guardiamo i contratti di dominio o contratti di dominazione.

Sono contratti stipulati con un soggetto che attribuiscono a questo il governo della società.

Si acquista per il contratto di dominio, indipendentemente dalla partecipazione (e anche eventualmente non partecipando), il governo della società.

Questo contratto ha come oggetto quello di vendere, cedere, trasferire il governo della società.

Contratti di dominio : è un po’ riduttivo guardarli come contratti di mandato, anche se assimilabile al mandato. Questi contratti prima erano considerati illeciti nel nostro ordinamento, però sono stati in qualche modo sdoganati dalla disciplina del gruppo.

La disciplina generale del gruppo si trova agli articoli 2497 e seguenti.

Guardando il 2497 septies, le disposizioni del gruppo si applicano altresì alla società che al di fuori dei casi del controllo partecipativo (della norma precedente) è in grado di esercitare attività di direzione e coordinamento sulla base di un contratto stipulato con la società medesima o sulla base di clausole inserite nei loro statuti.

Questa norma pare faccia proprio riferimento ai contratti di dominio.

Questi contratti di dominio sono chiamati contratti di dominio debole perché il controllo può essere esercitato solo in conformità alle disposizioni del gruppo.

Il controllo va esercitato in conformità alle norme sul gruppo, che impongono l’esercizio del potere di controllo tenendo in considerazione gli interessi esterni al gruppo cioè i soci di minoranza e i creditori sociali.

**LEZIONE 25/05/2021**

… Gruppo di società

L’attenzione è circoscritta al controllo gerarchico e non quello paritario, per cui ci si occupa del gruppo gerarchico.

La fonte da cui può originarsi il controllo è rappresentata dalla partecipazione sociale, che ci permette di avere il controllo di diritto o di fatto, declinato nell’influenza dominante nell’ambito dell’assemblea ordinaria.

Il controllo può essere acquisito attraverso un contratto di dominio, la cui ammissibilità non è più in discussione almeno nella variante del contratto di dominio c.d. debole, alla luce che l’art.2497-septies di fatto impone a chi acquista il controllo per il tramite di tali contratti di esercitare attivamente il potere derivante da questa situazione in corrispondenza alle norme dettate per il gruppo.

La disciplina del gruppo **si applica allo svolgimento dell’attività di direzione e coordinamento**, che normalmente è un’attività di impresa in sé considerata, attraverso la quale si materializza, nello svolgimento dell’attività, anche l’impresa di gruppo.

L’impresa di gruppo è un’impresa ordinaria se pur giuridicamente riconducibile a diverse entità autonome sul piano soggettivo, le quali sono però unite sotto il profilo economico, ovvero alla realizzazione di un fine.

Da non confondere la situazione di controllo con quella di gruppo: non è in relazione al fatto che un soggetto abbia il controllo che ne consegue il controllo dello gruppo.

Il controllo presume l’esistenza del gruppo, ma lo stesso viene formato attraverso l’esercizio attivo del potere derivante dal controllo. Se non c’è tale esercizio attivo del potere di controllo, c’è si controllo ma non gruppo.

Il gruppo deriva da una situazione che si acquisisce in via dinamica, cioè che si acquisisce il controllo attraverso partecipazioni o contratti, ma il gruppo si ha nel momento in cui si esercita il potere di controllo e quindi l’esercizio attivo della direzione e del coordinamento.

L’obiettivo delle disposizioni sul gruppo è quello di consentire lo svolgimento dell’attività con gli interessi esterni al gruppo che si trovano coinvolti.

Tali interessi sono essenzialmente di due tipi:

* l’interesse dei soci di minoranza delle società dirette e coordinate, i quali sono estranei dal fenomeno del gruppo in quanto fuori dal controllo;
* gli interessi dei creditori che finanziano le diverse unità di cui il gruppo è costituito attraverso il capitale di credito.

Con riferimento al primo interesse esterno, la disciplina del gruppo guarda questi interessi nel momento in cui il gruppo si va a costituire.

Non c’è un atto formale di costituzione del gruppo, bensì esso nasce in via fattuale, per il tramite dell’esercizio del potere derivante dal controllo da parte di chi lo possiede, ossia concretamente deve essere svolta un’attività di direzione e coordinamento.

Quindi i soggetti sul quale è svolto il controllo sono influenzati e coordinati, dal punto di vista economico, verso la realizzazione dell’impresa unitaria e quindi per il raggiungimento di un obiettivo unitario di gruppo.

Non bisogna trovare nel controllo la costituzione del gruppo, in quanto la situazione di potere resta tale finché non si esercita lo stesso. Infatti, l’art.2497-sexies presume il gruppo con il controllo, presunzione che può essere superata dimostrando che chi ha il controllo potrebbe anche non esercitare il potere che da quella situazione deriva.

**Il controllo è una situazione stabile e non episodica**: non perché si ha maggioranza in una sola assemblea allora si ha controllo. Piuttosto il controllo deriva dal modo con cui l’intervento in assemblea si realizza nel tempo, si ha la ragionevole certezza che se si va in assemblea con quella partecipazione (che potrebbe essere anche inferiore al 50%) si determina la decisone dell’assemblea senza tenere conto degli altri soci.

Soprattutto il controllo di fatto deve essere accertato sulla base dello storico delle dinamiche assembleari.

Per guardare a quando il gruppo si costituisce bisogna vedere quando il socio esercita il potere derivante dal controllo.

1. Quando il gruppo si costituisce nel senso appena detto, matura nell’interesse dei soci di minoranza un **diritto di recesso**. Si tratta di un diritto subordinato al fatto che il gruppo sia iniziato, e quindi ad un riscontro fattuale, ossia quando la direzione e il coordinamento è iniziata. Quindi se il socio di minoranza può esercitare un exit come sua forma di tutela, uscendo dalla società che è entrata a far parte del gruppo.

La norma di riferimento è alla **lett. c)** dell**’art.2497 -quater**: *“Il socio di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento può recedere: c) all'inizio ed alla cessazione dell'attività di direzione e coordinamento, quando non si tratta di una società con azioni quotate in mercati regolamentati e ne deriva un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento e non venga promossa un'offerta pubblica di acquisto”*.

L’interpretazione della norma impone una distinzione tra società etero-dirette quotate e società etero-dirette non quotate:

* Nel caso in cui la **società sia quotata**, il diritto di recesso matura se l’etero-direzione non è seguita ad un’offerta pubblica di acquisto o OPA (si tratta di una tecnica con cui si acquisisce normalmente il controllo). L’OPA è quindi alternativa al recesso.

In una società quotata se il socio acquista il controllo a seguito di un’OPA, il socio di minoranza sa che all’esito di questa operazione il controllo della società cambia, e il soggetto che acquista il controllo potrebbe anche esercitare la funzione di direzione e coordinamento.

Se quindi in una società quotata il controllo consegue ad un’OPA, il diritto di recesso non c’è perché c’era già stata la possibilità per il socio di minoranza di uscire dalla società.

Il recesso c’è quindi quando il controllo e l’esercizio dell’attività di coordinamento è avvenuto in una società quotata senza offerta pubblica d’acquisto.

* Nelle **società non** **quotate** il diritto di recesso è subordinato dall’attività di direzione e coordinamento quando da tale attività ne deriva un’alterazione del rischio e dell’investimento.

L’orientamento del professore è che la direzione e il coordinamento (coincidente con l’inizio del gruppo) di per sé comporta normalmente un’alterazione delle condizioni di rischio e di investimento, perché se una società è diretta e coordinata, e non semplicemente controllata, ne consegue che la sua attività deve essere rivolta al perseguimento di un interesse che non è più suo ma è un interesse del gruppo. Di conseguenza l’interesse della società deve coordinarsi con quello del gruppo e questo può portare un cambiamento nelle modalità attraverso le quali ‘attività si svolge. Quindi il fatto che una società sia soggetta all’attività di direzione e coordinamento comporta automaticamente che da ciò ne derivi un’alterazione delle condizioni di rischio ed investimento e quindi legittimando l’esercizio del diritto di recesso.

La norma ha senso nel caso in cui una società già di gruppo entri a far parte di un altro gruppo, ossia quando una società cambia gruppo e viene acquisita da un altro soggetto di controllo; in questo caso la società attratta nel gruppo diverso potrebbe avere lo stesso ruolo che aveva nel gruppo precedente, i soci di maggioranza non possono dire che siano state alterate le condizioni di rischio ed investimento e quindi i soci di minoranza non possono esercitare il diritto di recesso.

Quando si ha la cessazione della direzione e del coordinamento il discorso è il medesimo: se l’attività di coordinazione e direzione cessa, bisogna guardare se questa cessazione abbia comportato un’alterazione delle condizioni di rischio ed investimento per giustificare il recesso.

2. Durante lo svolgimento della direzione e del coordinamento oltre gli interessi dei soci di minoranza ci sono anche quelli dei creditori.

L’interesse dei soci di minoranza durante lo svolgimento dell’attività viene tutelato attraverso il **diritto di recesso** nelle ipotesi previste dalla **lett. a)**: *“quando la società o l'ente che esercita attività di direzione e coordinamento ha deliberato una trasformazione che implica il mutamento del suo scopo sociale, ovvero ha deliberato una modifica del suo oggetto sociale consentendo l'esercizio di attività che alterino in modo sensibile e diretto le condizioni economiche e patrimoniali della società soggetta ad attività di direzione e coordinamento”*.

IPOTESI NEL CORSO DELLO SVOGLIMENTO DELLA DIREZIONE E COORDINAMANENTO

Come questi interessi sono tutelati durante l’esercizio della direzione e coordinamento?

Ora ci sono anche gli interessi dei creditori, quindi non ci sono soltanto gli interessi dei soci che sono gli interessi rilevanti quando l'attività inizia o quando l'attività finisce, ma durante lo svolgimento la direzione del coordinamento oltre agli interessi dei soci ci sono anche gli interessi dei creditori, quindi bisogna vedere come vengono tutelati sia i primi che i secondi.

1. **l'interesse dei soci di minoranza** in che modo viene tutelato durante lo svolgimento della direzione e coordinamento? È il caso di una società di gruppo i cui soci di minoranza sono rimasti all'interno della società di gruppo e quindi bisogna vedere come questi soci vengono tutelati. La tutela dei soci passa in primo luogo sempre per il diritto di recesso, gli interessi dei soci di minoranza vengono tutelati attraverso il diritto di recesso nelle ipotesi previste dalla lettera a) **Art.2497** “*quando la società o l' ente che esercita direzione coordinamento ha deliberato una trasformazione che implica il mutamento dello scopo sociale quindi c'è una decisione di trasformazione ma non una trasformazione normale una* ***trasformazione che implica il mutamento dello scopo sociale****, ovvero quando ha deliberato una modifica del suo oggetto sociale consentendo l'esercizio di un'attività che alterino in modo sensibile e diretto le condizioni economiche patrimoniali delle società eterodirette, cioè assoggettate alla sua direzione e coordinamento*”.

La norma sembra voler dire che se l’ente o la società che dirige e coordina fa un mutamento della sua struttura imprenditoriale, che può essere o sul piano della forma giuridica , ovvero una trasformazione che ha impatto anche sullo scopo, oppure cambia il tipo di attività che pone in essere, in questo caso questo mutamento può in qualche modo ripercuotersi sulla società diretta e coordinata e ne consegue che i soci possono esercitare il recesso. Perciò io socio di minoranza ho accettato di far parte di una società del gruppo ma a certi presupposti di programma, cioè immaginavo che il gruppo si svolgesse in un certo modo, ma se invece tu società che dirigi fai dei cambiamenti che rendono verosimile il fatto che quel gruppo si svolga in un modo assolutamente diverso rispetto a prima e quindi cambia un po’ il programma di gruppo, allora in questo caso io posso uscire in un secondo momento.

Art. 2497 prevede due casi:

* **trasformazione che comporta un mutamento dello scopo sociale:** Non comporta il semplice cambio della forma giuridica dell'ente della società che dirige e coordina ma addirittura una trasformazione che comporta la modifica dello scopo, esempio: una società lucrativa diventa società consortile; un’associazione che diventa società o viceversa. Se prima le società dirette e coordinate erano rivolte a perseguire uno scopo di gruppo che era uno scopo lucrativo magari adesso sono rivolte a perseguire uno scopo di gruppo che è di tipo diverso, quindi c'è un cambiamento del tipo di gruppo al quale io faccio parte e di conseguenza il socio può avere un ripensamento e può esercitare un diritto di exit.
* **una modifica dell'oggetto sociale** deve ripercuotersi in qualche modo sulle condizioni economiche e patrimoniali delle società eterodirette. Per esempio lo svolgimento di una certa produzione di vestiti viene convertito in parte in una produzione differente come la produzione di dispositivi sanitari. È chiaro che il cambiamento dell'oggetto sociale della società diretta e coordinata può avere delle conseguenze sulle società eterodirette, perché se all'interno di un certo contesto di gruppo il mio ruolo era di un certo tipo, cambiando il tipo di attività della società che dirige e coordina può darsi che la società che dirige e coordina abbia bisogno di me in altro modo. Per esempio mi fa passare dallo svolgere un'attività di produzione allo svolgere un'attività di tipo più finanziario all'interno del gruppo quindi il cambiamento dell'oggetto sociale della società che dirige e coordina può avere delle conseguenze sul tipo di ruolo ( non sul tipo di attività) , dando ai soci il diritto di poter esercitare il diritto di recesso.

Altra norma per tutelare gli interessi dei soci di minoranza ART.2497 ter **sulle decisioni influenzate**. *“ Le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quindi le decisioni delle società dirette e coordinate quindi di gruppo, quando dall'attività di direzione e coordinamento sono influenzate devono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione di queste viene dato adeguato conto nella relazione di cui all'articolo 2428”*.

Questa norma rappresenta una regola che deve essere osservata durante l’esercizio della direzione e coordinamento. Se la società eterodiretta deve prendere decisioni influenzate dalla eterodirezione, per queste decisioni si richiede **un supplemento informativo**.

Parallelo con ART.2391 “interessi degli amministratori”: La norma impone agli amministratori che hanno un interesse per conto proprio o altrui di fare disclosure di questo interesse cioè di comunicare questo interesse al consiglio. L'amministratore delegato ,che ha un interesse per conto proprio o altrui su una certa operazione, deve portare all'interno del consiglio questa operazione ,facendo comunicazione della sussistenza dell'interesse, perché si vuole che con riferimento alle operazioni interessate sia il consiglio a decidere per verificare appunto la compatibilità tra questo interesse e l'interesse della società.

Art. 2497 stabilisce che quando ci sono delle operazioni che vengono influenzate dalla direzione e coordinamento cioè risentono in qualche modo della direzione e coordinamento, queste decisioni devono esser prese con un supplemento di motivazione, ovvero io devo spiegare nel momento in cui le prendo, le ragioni per cui le ho prese.

La società eterodiretta quando deve prendere una decisione influenzata dalla direzione del coordinamento non mette un divieto, mette una regola di condotta cioè una regola positiva, cioè tu la decisione la puoi prendere purché la motivi in maniera adeguata.

*Ma quali sono le decisioni influenzate dalla direzione e coordinamento?*

Alcuni hanno sostenuto che sono tutte, e quindi tutte le decisioni devono essere analiticamente motivate. Ma la conseguenza pratica di ciò è che si fa fatica a prendere decisioni, anche perché le decisioni per esempio non possono essere delegate perché tutte devono essere prese con adeguata motivazione e perché bisogna rispettare la motivazione richiesta dalla norma. Il rischio è, dunque, che questa norma possa rendere inefficiente la gestione dell’impresa di gruppo.

Ora la giurisprudenza ritiene che non è possibile dire che tutte le decisioni di una diretta e coordinata siano tutte influenzate, cioè che questa norma è entrata a far parte nel nostro ordinamento per rendere compatibile la disciplina del gruppo con la disciplina del conflitto d’’interessi. Quindi ne consegue che le decisioni influenzate a cui fa riferimento questa disposizione, sono alcune delle decisioni, non sono tutte. La disposizione si riferisce a quelle **operazioni che permettono di raggiungere l'obiettivo di gruppo,** cioè operazioni che sostanzialmente non sarebbero prese se non perché quella società è società di gruppo.

Es: società che deve decidere di fare operazione in perdita, cioè che deve deliberare lo spostamento di una parte o di tutta la sua produzione applicando dei prezzi di trasferimento non remunerativi cioè non capaci di recuperare i costi. Un'operazione di questo tipo non avrebbe ragione di essere al di fuori di un contesto di gruppo. Invece in una società di gruppo è possibile che una società possa decidere di fare un’operazione che in quanto tale non è giustificata, ma è giustificata in quanto la società fa parte del gruppo. Quindi io sposto materie prime all'interno del gruppo (magari è gratis) o prezzi non remunerativi, faccio questo perché appunto si tratta di una componente del gruppo 🡪 ecco queste sono le decisioni influenzate, cioè le decisioni influenzate **sono le decisioni che non avrebbero ragione di essere al di fuori di un contesto di gruppo,** quindi le decisioni che vengono prese in quanto la società che le assume è parte di una struttura di gruppo e svolge e attività di direzione coordinamento. Con riferimento a queste decisioni devo analiticamente precisare perché lo faccio, quali sono le ragioni alla base di questa scelta e gli interessi che persegue questa decisione. Ecco che c'è quel supplemento di motivazione che appunto è limitato alle sole operazioni che la società svolge ma in quanto parte di una struttura di gruppo, al di fuori della struttura di gruppo sarebbero operazioni prive di senso e quindi non potrebbero essere di per sé giustificate.

*Violazione del 2497 ter, anche a livello di relazione sulla gestione qual è la conseguenza?*

(molto discusso) Si pensa che la conseguenza sia il risarcimento danni, ma il problema è se eventualmente oltre al risarcimento danni ci sia anche qualcos'altro.

(Si pensi alle conseguenze della decisione interessata, ex articolo 2391, prive di motivazione. Quali sono le conseguenze per una decisione interessata per la quale non è stato adempiuto l'obbligo di motivazione?)

Il problema è capire se questa decisione art.2497 può essere impugnata. Si fa un parallelo con quello che è previsto dall' articolo 2391 e quello che può essere applicato ai sensi per le decisioni di cui all'articolo 2497 ter.

Inoltre la disciplina delle decisioni influenzate è una disciplina che deve intersecarsi con una disciplina del tutto particolare ovvero con la disciplina delle operazioni con parti correlate.

Il gruppo è di per sé un'ipotesi di correlazione, una delle massime forme di correlazione.

La disciplina sul gruppo tutela l'altro tipo di interessi

1. **l'interesse dei creditori**: in che modo vengono tutelati gli interessi dei creditori?

una prima forma di tutela è pensata sul presupposto che un creditore entri a contattato con una società diretta e coordinata, cioè quando un creditore diventa tale su una società che è già assoggettata all' altrui direzione e coordinamento. Ecco in questo modo la tutela che si dà ai creditori è una tutela informativa, cioè bisogna far conoscere ai soggetti che finanziano la società a titolo di capitale di credito che io sto finanziando una società che è assoggettata all' altrui direzione e coordinamento. Questa informazione si trova negli atti e nella corrispondenza societaria, c’è proprio l'indicazione dell’assoggettamento all' altrui direzione, quindi questo rappresenta il primo modo e secondo Prof il più importante per comunicare ai terzi, cioè ai soggetti che sono potenzialmente interessati a diventare creditori.

Un’ altra norma stabilisce che le società dirette e coordinate devono iscriversi in un’apposita sezione speciale del registro delle imprese che raccoglie tutte le società dirette e coordinate. Questa sezione speciale ha valore aggiunto a favore dei terzi? Non è chiaro quale sia il valore aggiunto di questa sezione la sezione speciale, non è chiara la ragione per la quale tu devi costringere qualcuno ad adempiere un obbligo che è quello di prendere iscrizioni in una sezione speciale.

Nel caso in cui venga omessa l’iscrizione nella sezione speciale, la norma fa riferimento ad una specie di responsabilità. Opinione del Professore è che c’è responsabilità nel momento in cui io ometto di indicare, dagli atti della corrispondenza, il fatto di essere assoggettato all'altrui direzione e coordinamento, non perché ho omesso di iscrivermi alla sezione speciale del registro delle imprese. Sicuramente molto importante, di cui il Professore fa un rapido accenno, è l’informazione supplementare che deve essere data in bilancio della società diretta e coordinata. Se io sono assoggettato all’altrui direzione e controllo, ho due obblighi informativi aggiuntivi in bilancio di esercizio. Uno lo si trova all'interno della nota integrativa. In questa la società diretta e coordinata deve riferire i dati più importanti del bilancio della società che esercita eterodirezione, quindi deve avere una sintesi del bilancio della società che dirige e coordina.

Poi abbiamo il supplemento informativo che deve esser dato nella relazione sulla gestione. Sulla relazione di gestione devono essere riportati 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 e sui suoi risultati. Quindi, nella relazione sulla gestione devono essere riportati i rapporti verticali all'interno del gruppo, tra società dirette e coordinate e società che dirige e coordina, ma anche rapporti orizzontali tra le due società che sono assoggettate alla medesima direzione e coordinamento. Questo perché si vuole capire in che modo la politica di gruppo abbia avuto impatto sul risultato della società, cioè si vuole capire se all'interno del gruppo magari il risultato di esercizio è stato spostato verso l'alto o è stato spostato su altre componenti del gruppo. Queste sono informazioni importantissime nell’ottica di un finanziamento a titolo di credito verso quella società. Si ricorda che la società diretta e coordinata è una società di capitali e quindi il bilancio di esercizio è pubblico e scaricabile in quanto depositato nel registro delle imprese.

Un’altra norma importante fa riferimento ai creditori che già sono creditori quando la società diventa società di gruppo. Es. Quando una banca che ha finanziato la società monade e poi a un certo punto questa società monade diventa società di gruppo cioè società soggetta ad una direzione e coordinamento altrui. Qui il problema è che il finanziatore ha interesse che la direzione e coordinamento non leda la garanzia patrimoniale della società finanziata. Mentre se il creditore che può diventare tale, ha tutte le possibilità di fare le valutazioni sul fare o meno il prestito ed il prestito lo ha già fatto è di fatto ormai già vincolato contrattualmente. Le norme, quindi, devono tutelare la sua posizione in modo che la direzione e il coordinamento non alteri la garanzia patrimoniale della società debitrice. Il modo specifico con cui questo interesse viene tutelato si rifà principalmente ad una norma, oltre che alla disciplina sulle proprie partecipazioni. La norma è contenuta nell’articolo 2497 quinques che applica, al contesto del gruppo, la disciplina dei prestiti dei soci, cioè la società che dirige e coordina che fa un prestito sostitutivo del conferimento ad una società diretta e coordinata. Questo prestito, ricorrendo alle condizioni che abbiamo a suo tempo visto studiando l’articolo 2467, è postergato, ovvero che non può essere restituito se non prima che siano stati rimborsati i prestiti fatti a terzi, quindi un prestito che viene postergato rispetto agli altri creditori esterni.

Al prestito effettuato da me socio che dirigo e coordino, e quindi presto in via sostitutiva il conferimento a una società diretta e coordinata, si applica la disciplina dell'articolo 2467. Il prestito, di conseguenza, è postergato agli altri creditori cioè significa che non può essere restituito ma se restituito nel caso si apra la procedura concorsuale di liquidazione giudiziale, il prestito viene ripreso dalla procedura.

**LEZIONE 26/05/2021**

Ieri abbiamo visto i profili comportamentali essenziali che vanno osservati durante lo svolgimento dell’attività di direzione e coordinamento, i punti principali che caratterizzano lo svolgimento di quest’attività, cioè come va di fatto eterodiretto un gruppo. Tutte queste cose costituiscono in realtà forme di obblighi, regole di comportamento a stregua di obblighi che vanno osservati da parte di chi dirige e coordina per le ragioni viste.

Che cosa succede se tali obblighi vengono violati?

Con la premessa che non si tratta soltanto di questi obblighi, nel senso che l’attività di direzione e coordinamento essendo un fenomeno di impresa, non è caratterizzata da una disciplina che riprende soltanto quegli obblighi. Ci possono essere anche altri obblighi ed è difficile stabilire quali sono a priori tutti gli obblighi che devono essere osservati nello svolgimento di tale attività. Anche in questo caso, come normalmente accade quando si tratta di un’attività gestoria (come l’attività di direzione e coordinamento che rientra nell’ambito del tema di gestione dell’impresa, seppur in questo con riferimento alla gestione del gruppo), di fatto il dato normativo prevede un **parametro comportamentale generale** **ed astratto**, cioè un parametro al quale deve uniformarsi il comportamento di chi svolge l’attività, per evitare di incorrere in responsabilità. Il discorso è sostanzialmente identico a quello fatto a suo tempo con riferimento alla responsabilità per gli amministratori.

Il problema è capire se la gestione nel suo insieme sia uniformata o meno rispetto al parametro della diligenza benché qualificata come perizia e perciò la base di questa valutazione di quanto concretamente accaduto e astrattamente previsto, seppure in termini di parametro comportamentale se ne deducono le conseguenze sul piano della responsabilità. Ecco, con riferimento al gruppo vale lo stesso discorso, c’è un parametro comportamentale che qualcuno ha definito come parametro del buon capogruppo, in maniera tralatizia, mutuando l’espressione più diffusa del buon padre di famiglia che applicato al caso che ci interessa dà luogo a questo parametro del buon capogruppo, al quale occorre uniformarsi per evitare di cadere in responsabilità.

Si tratta di vedere in cosa consiste questo parametro del buon capogruppo, anche se è evidente che non possiamo dire tutto ciò che costituisce questo parametro, un po’ i principi a cui questo parametro si informa.

Per fare questo dobbiamo studiare la norma a cui questo parametro si informa, che poi è la prima norma del capo nono sulla direzione e coordinamento, che è la norma appunto di responsabilità. Questa norma stabilisce che cosa non deve essere fatto o meglio quali sono i presupposti al ricorrere dei quali scatta la responsabilità. Quindi noi dobbiamo dedurre da questa disposizione che cosa non deve essere fatto per far scattare la responsabilità derivante da direzione e coordinamento. Anzitutto una premessa di carattere soggettivo: questa norma, art. 2497, che poi è una norma centrale nella disciplina del gruppo, questa norma ha un **predicato soggettivo**, il soggetto di questa norma è la società e gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento, agiscono nell’interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria delle società dirette e coordinate sono direttamente responsabili. Quindi quel parametro a cui facevo riferimento è contenuto proprio in queste righe. Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento, agiscano nell’interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale società dirette e coordinate sono direttamente responsabili. Quindi che cosa significa questa disposizione?

Sono responsabili verso gli interessi esterni al gruppo, quindi sono direttamente responsabili nei confronti dei **soci di minoranza** delle società dirette e coordinate e nei confronti dei **creditori sociali**. Qua anzitutto c’è un problema di tipo soggettivo: la norma è incentrata sulle società e gli enti. Si tratta di capire chi sono le società e gli enti: le società sono evidentemente le società, gli enti sono gli enti privati, quindi tipicamente degli enti senza scopo di lucro che potrebbero essere o enti a scopo egoistico tipo un consorzio o enti a scopo addirittura altruistico, quindi una associazione/fondazione che si trova al vertice della catena di controllo. Il problema si è posto dal punto di vista pratico ed è peraltro intervenuta una norma di interpretazione autentica (cioè il legislatore ha detto con questa norma che cosa significa questa disposizione): l’obiettivo è stato quello di escludere in qualche modo l’ente pubblico come soggetto destinatario della responsabilità di direzione e coordinamento. La lettura è stata poi ulteriormente corretta facendo escludere lo Stato come soggetto responsabile o potenzialmente responsabile della direzione e coordinamento. In un secondo momento sono stati considerati come passibili di questa responsabilità gli enti pubblici minori, che si trovano al vertice della catena di controllo.

Ora, una norma a cui faccio riferimento, quella del 2009 articolo 19 comma 6 del decreto legge 78 che così dispone: articolo 2497 comma 1 cc: “*si interpreta che per enti si intendono soggetti giuridici collettivi diversi dallo Stato che detengano partecipazione sociale nell’ambito della propria attività imprenditoriale, ovvero finalità economica e finanziaria*”.

Quindi una norma che ha cercato di tenere fuori lo Stato come ente passibile di responsabilità di direzione e coordinamento. La norma è secondo il prof ai limiti della norma costituzionalmente orientata, non sa fino a che punto si possa escludere lo stato in astratto a priori se dovesse esercitare direzione e coordinamento in una o più delle sue società partecipate. Inizialmente tale disposizione tendeva ad escludere qualunque ente pubblico, la lettura ulteriore che ne è stata data ha escluso soltanto lo stato come soggetto come soggetto passibile di direzione e coordinamento. Non so quanto questa cosa funzioni, ve la lascio come indicazione conoscitiva da tenere presente.

Inizialmente questa norma era stata inizialmente intesa come finalizzata ad escludere il 2497 nei confronti del settore pubblico, successivamente, anche alla luce della tenuta costituzionale di questa norma, la si è letta nel senso più letterale per cui oggi non si esclude una regione (fenomeno diffusissimo, la regione ha diverse partecipate regionali), non si può escludere che l’ente partecipante possa esercitare direzione e coordinamento. L’orientamento che se ne è tratto è che ai sensi dell’articolo 19 del decreto legge 78 del 2009, lo stato è certamente fuori, gli enti pubblici minori probabilmente no. Il prof non sa quanto questa norma di interpretazione autentica regga alla luce di una norma costituzionalmente orientata, però è un problema che si limita a segnalare. La giustificazione è stata data alla luce del fatto che lo Stato, si dice, non agisce nell’interesse imprenditoriale. Lo Stato non agisce in un proprio o altrui interesse imprenditoriale, mancherebbe, all’avviso soprattutto di chi ha scritto questa norma, l’interesse imprenditoriale che giustifica la responsabilità di direzione e coordinamento e la stessa direzione e coordinamento. Faccio presente che comunque lo Stato può esercitare un’attività di impresa: l’esercizio di un’attività di impresa può essere rivolta a obiettivi generali e obiettivi, come fanno taluni enti privati che svolgono un’attività di impresa per perseguire determinati interessi.

La norma ha dato adito a un altro problema interpretativo sempre sul piano soggettivo e cioè se la persona fisica al vertice della catena di controllo possa essere passibile di responsabilità di direzione e coordinamento. La norma fa riferimento a società o enti, una persona fisica che invece detiene la partecipazione di controllo è compresa nel novero di questi soggetti responsabili oppure no? Dal punto di vista letterale la risposta è negativa, però anche qui tutto sommato qualche ansia la mette, una lettura così restrittiva di questa disposizione. Posto che la disciplina che abbiamo visto, la disciplina della direzione e coordinamento è una disciplina di impresa che scatta allorché un certo **fatto** si verifica nella realtà. Il presupposto è l’accadimento di un certo fatto, nel nostro caso la direzione e coordinamento che impone una serie di regole comportamentali che vanno osservate con delle conseguenze in caso di violazione. Mi pare che tutto sommato non sia corretta la lettura che esclude sicuramente in astrato e in termini generali la persona fisica capogruppo dalla disciplina di direzione e coordinamento e quindi anche dalla eventuale responsabilità in caso di violazione. Certo, è più raro che una persona fisica ricada nella fattispecie, perché normalmente una persona fisica, benché possa fare un’impresa non è normalmente un’impresa di gruppo, ma questo non dovrebbe significare che sicuramente la persona holding/capogruppo sia tenuta fuori dall’ambito di questa disciplina.

Il dubbio è sorto perché quando queste norme erano state introdotte, inizialmente la bozza dell’articolo 2497 iniziava con un pronome impersonale “*chi esercita..*.”, dopodiché nei passaggi terminali questo chi si è trasformato in società ed enti e quindi ha posto il problema. Secondo il professore il problema va risolto in senso interpretativo; considerando che si tratta di una disciplina dell’impresa, quindi la disciplina di un fatto. Allorché c’è questo fatto tu devi osservare le regole di comportamento per lo svolgimento del fatto con le conseguenze che eventualmente possono derivare in caso di violazione. Anche questa è una lettura della norma che viene proposta dal professore.

Domanda: non si sente

Risposta: sì, come accade per esempio nel caso di società unipersonale. Nel senso che si fa l’indicazione di chi esercita direzione e coordinamento, anche nel caso in cui si tratti di socio unico e addirittura socio unico e unipersonale. Ora, credo che, utilizzando una semplificazione argomentativa, se c’è una persona fisica, la disciplina va applicata sulla persona fisica.

Uno spunto di riflessione, è un caso famosissimo di tantissimi anni fa di cui si parla nei manuali di diritto commerciale è il caso al caso Caltagirone, che successe a cavallo tra gli anni ottanta e novanta del secolo scorso. Lì la Cassazione con una pronuncia importantissima del 1990, che chiuse in una maniera un po’ strana il caso Caltagirone affermò la possibilità che una persona fisica, come in quel caso era, fosse al vertice di una catena di controllo prescrivendo. al cui proposito la cassazione affermò la possibilità che una persona fisica fosse al vertice della catena di controllo prescrivendo le conseguenti responsabilità per violazione del comportamento. Quindi di fatto esiste già stato il noto precedente: questo fa capire che è sicuramente rara l’eventualità, ma non è del tutto da escludersi; ci sono margini in cui può prospettarsi può presentarsi un’applicazione di questa disciplina anche in capo a una persona fisica. Anche questo resta un po’ come spunto di riflessione.

Il secondo aspetto su cui vorrei soffermare la vostra attenzione è che appunto la responsabilità c’è nella misura in cui ci sia **direzione e coordinamento**. Ribadisco il concetto più volte esplicitato ieri: la norma dice “*chi, esercitando direzione e coordinamento, nell’interesse imprenditoriale proprio o altrui*” cioè la direzione e coordinamento si ha tutte le volte in cui si deve attuare un programma imprenditoriale, disegno imprenditoriale, cioè si deve attuare essenzialmente un’impresa e la stessa attività di direzione e coordinamento è qualificabile normalmente come attività d’impresa. Ecco, il fatto che questo potere avvenga per realizzare un interesse imprenditoriale che può essere proprio o altrui, perché io posso avere anche una sub controllante all’interno di un gruppo, cioè una società che a sua volta è diretta e coordinata, che opera nell’interesse altrui esercitando a sua volta direzione e coordinamento, in un gruppo il potere di direzione e coordinamento non è necessariamente isolato, cioè non è necessariamente al vertice della catena di controllo, posso avere questo potere anche in posizioni più basse rispetto a questa catena. Posso avere degli enti o delle società che sono sub controllanti che a loro volta esercitano direzione e coordinamento, in tal caso questa direzione e coordinamento viene effettuata per realizzare un interesse imprenditoriale altrui, cioè del soggetto che sta al vertice della catena di controllo.

* Tutto questo per sottolineare ancora una volta che questo fenomeno è un fenomeno di impresa che non può essere confuso, va tenuto nettamente distinto con il potere che il socio ha in quanto socio, quello è un potere di socio al massimo un potere di controllo; questo presume ma non identifica la direzione e coordinamento. Dunque, verificare che ci sia la fattispecie significa verificare che questo potere viene realizzato per esercitare un’attività d’impresa, cioè per conseguire un programma di impresa fissato normalmente dall’alto o in posizioni intermedie all’interno del gruppo. in questione sia esercitato per eseguire un’attività di impresa.

Veniamo al punto più importante.

La norma dice: è responsabile chi viola i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. Chi viola, cioè chi è **inadempiente** rispetto agli obblighi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. Quindi la norma letta in senso positivo dice, non c’è responsabilità, quindi tu ti comporti conformemente a quel parametro che ho chiamato del buon capogruppo se rispetti i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. Quindi, la direzione e coordinamento deve avvenire in conformità ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. Cosa vuol dire, quali sono questi principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, cioè concretamente a cosa allude questa norma? Banalmente significa che la direzione e coordinamento, quindi la realizzazione di un interesse imprenditoriale di gruppo, nell’ottica di realizzare questo interesse imprenditoriale di gruppo deve avvenire in maniera conforme con l’interesse sociale delle società eterodirette. Quindi l’attuazione dell’interesse superiore deve avvenire in maniera compatibile con gli interessi singoli delle società eterodirette, cioè con gli interessi sociali delle società eterodirette, gli interessi sociali, che poi si concretizzano nel caso di specie con il rispetto di tutti gli interessi coinvolti nel fenomeno. Quindi non soltanto l’interesse di maggioranza, ma anche dall’interesse di minoranza e anche l’interesse esterno rappresentato in questo caso dall’interesse dei creditori.

Quindi la conformità ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale a cui la norma fa riferimento è da intendersi proprio in questo senso, cioè esercizio del gruppo nel rispetto degli interessi delle società subordinate, in posizione di subordinazione. Quindi rispettare i relativi interessi significa non ledere gli interessi esterni al gruppo che sono rappresentati da un lato dai soci di minoranza e dall’altro dai creditori sociali. Quindi io realizzo un interesse superiore, ma questo interesse superiore deve avvenire in maniera compatibile con gli interessi subordinati perché laddove l’interesse superiore prevalga, quindi venga realizzato in spregio degli interessi subordinati, allora c’è violazione e quindi di conseguenza c’è responsabilità, responsabilità che viene attribuita non a caso a chi è fuori dal gruppo da un lato i soci di minoranza dall’altro i creditori.

Questa norma richiede un’ulteriore precisazione molto importante. Laddove questa norma dice che non vi è responsabilità, quindi fino adesso ha detto quando c’è responsabilità (se violo i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale). Però poi aggiunge subito dopo, aggiunge allo stesso comma che: “*non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell’attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette*”. Pertanto non vi è responsabilità, non vi è violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, quando:

* il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell’attività di direzione e coordinamento
* ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.

Ora, a cosa fa riferimento questa disposizione, che è una disposizione importantissima? Essenzialmente la disposizione dice una cosa: la valutazione della compatibilità tra interesse di gruppo e interessi delle singole società dirette e coordinate, quindi la compatibilità tra disegno di gruppo e gli enti attraverso cui questo disegno tu vai a realizzare, la devi verificare non con riferimento non alle singole operazioni (la norma non richiede un’analisi di tipo analitico, come invece una accade nella società monade; nella società monade, cioè la società in sé considerata, lo dicevamo ieri, devo valutare se la singola operazione è in conflitto di interessi e quindi devo evitare di farla laddove la singola operazione sia in conflitto di interessi). Invece, questa norma mi dice che tu devi valutare la conformità ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale con riferimento all’attività, non ai singoli atti, ma al fenomeno complessivo che si sta realizzando, cioè con riferimento all’impresa di gruppo. Quindi devi fare una **valutazione di sintesi**, non una valutazione analitica atto per atto, ma una valutazione che riguardi l’attività nel suo complesso. Quindi può darsi pure che il singolo atto, in sé considerato, sia lesivo dell’interesse sociale della società diretta e coordinata. Il singolo atto in sè considerato può produrre un danno nell’immediato alla società diretta e coordinata, ma questo in un’ottica di gruppo non basta per poter affermare la responsabilità, devo guardare l’attività nel suo insieme e di fatto vedere se alla luce di come si è svolta l’attività nel suo insieme questo danno agli interessi esterni c’è o non c’è. È una valutazione che si fa un po’ ex post e in maniera sintetica.

Domanda: non si sente

Risposta: La precisazione sulla non sussistenza della responsabilità mi dice sostanzialmente che la verifica sulla non conformità o meno con i principi della corretta gestione societaria e imprenditoriale è una verifica che devo effettuare guardando la società nel suo insieme, quindi un a verifica di sintesi, non una verifica analitica dei singoli atti. La verifica analitica con riferimento ai singoli atti la faccio, ai sensi dell’articolo 2391, per esempio valutando se atto per atto c’è una violazione al divieto del conflitto di interessi laddove il conflitto di interessi si produce/manifesta quanto meno con una esposizione della società a un danno almeno potenziale. Poi bisogna capire che cosa significa danno nell’ambito delle associazioni, ma questo è un altro discorso. Quella valutazione che faccio in una società da amministratore in una società con riferimento ai singoli atti che pongo in essere cade nel caso in cui la gestione riguardi un gruppo, cade nel caso in cui le decisioni della società eterodiretta sono attuative della direzione e coordinamento perché nella direzione e coordinamento devo guardare tutte le attività.

Infatti parlavamo ieri delle **decisioni influenzate** che vanno adeguatamente motivate: sono decisioni che in quella società vengono prese o possono essere prese/prospettate perché si tratta di società di gruppo, mai potrebbero essere prese o prospettate se la società è una società vista in sé, vista come entità autonoma.

Quindi se un atto produce un danno, io non posso trarre delle conseguenze sul piano di responsabilità di direzione e coordinamento, perché devo vedere se questo danno si è poi alla fine verificato nell’attività complessivamente considerata.

Questa norma di fatto codifica la **teoria dei vantaggi compensativi**, cioè la teoria che aveva prima di questa un po’ dimostrato che nel contesto di gruppo la cosa può funzionare non guardando i singoli accadimenti, ma guardando l’attività nel suo insieme, perché può darsi che nell’ambito del gruppo una società diretta e coordinata sia costretta a prendere una decisione che gli provoca direttamente una lesione, cioè una decisione che non potrebbe essere mai assunta se la società è in sé considerata, ma può essere invece assunta stregua di decisione influenzata ex articolo 2497ter proprio nell’ottica del gruppo, proprio in relazione al fatto che quella società è una parte di una più ampia organizzazione di gruppo. Quindi io motivo le ragioni e gli interessi che perseguo attraverso questo atto immediatamente lesivo mettendo in luce il fatto che questo danno verrà in qualche modo recuperato perché la società beneficerà dell’appartenenza al gruppo. Magari è una società che in qualche modo ottiene delle operazioni, o gli esiti di operazioni fortemente positive, quindi operazioni che la fanno più che guadagnare in modo da compensare il danno che la società ha inizialmente subito. Se per esempio sono costretto a vendere ciò che produco all’interno del gruppo a costo zero, io subisco costi ma non ottengo ricavi, ho di fatto una perdita. Questo in un’ottica di gruppo potrebbe accadere perché magari quella società potrà ottenere a sua volta, più avanti, dei prodotti a costo zero.

Cioè ottiene di fatto della produzione senza sostenere dei costi per acquisire questa produzione e quindi compensa la perdita che inizialmente ha subito con il guadagno che consegue in ragione all’appartenenza al gruppo sulla base dell’attività di direzione e coordinamento, perché appunto ci possono essere operazioni di segno contrario quindi operazioni fortemente negative e operazioni più che positive che compensano il danno che inizialmente si è realizzato.

La norma afferma anche che il danno può essere eliminato in seguito da operazioni a ciò dirette. Che cosa significa? Significa che può capitare come normalmente capita all’interno di un gruppo che una società viene fatta operare stabilmente in perdita dalla capogruppo, poi a fine esercizio una volta quantificato il danno che la società ha subito viene coperta attraverso delle iniezioni finanziarie che la capogruppo fa a favore della società diretta e controllata. Cioè io chiudo il CE con meno 1 mln che in sede di approvazione del bilancio viene coperto attraverso un bonifico che la capogruppo fa come operazione a ciò diretta, cioè come sostegno finanziario per eliminare il danno che la società ha eventualmente conseguito. In quest’ottica non si può parlare di violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale e quindi non c’è il presupposto per l’espedimento dell’azione di responsabilità.

Io quando decido di compiere un atto che in sé considerato non ha ragione economica per la società, questa cosa o non la posso fare o se la faccio devo motivare le ragioni che mi inducono a farla, quindi magari la garanzia che ho ricevuto come policy di gruppo da parte della capogruppo che alla fine dell’esercizio ci sarà un ristoro finanziario che permette di recuperare questo ammanco, oppure se questa operazione è finalizzata a realizzare un certo procedimento produttivo del quale potrò poi beneficiare in via compensativa con il danno che ho subito. Io devo mettere in chiaro queste cose.

Se attuo le istruzioni che provengono dalla capogruppo in questa prospettiva, io mi sto comportando diligentemente come amministratore.

La capogruppo è tenuta a gestire il gruppo senza ledere le società dipendenti, assicurando i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società eterodirette, perché se non lo fa la società capogruppo è esposta a responsabilità dalla direzione e coordinamento. Per vedere se c’è il presupposto per chiamare in causa la capogruppo io devo vedere che la società controllata abbia davvero subito un danno. Ma come faccio a vedere se ha subito un danno? Devo guardare l’attività nel suo insieme e non i singoli atti, cioè nel senso che una valutazione sulla sussistenza del presupposto di responsabilità è una valutazione che io faccio con riferimento ad un certo periodo, con riferimento ad un esercizio, non posso farla con riferimento alle singole operazioni ovvero con riferimento ai singoli mesi. Si utilizza il sistema dei vantaggi compensativi, cioè può darsi che io debba fare qualcosa che momentaneamente mi produca un danno ma questo danno è poi recuperato guardando l’attività nel suo insieme perché ho partecipato a delle operazioni profittevoli ovvero se queste non ci sono state perché beneficerò rimesse in conto corrente da parte della capogruppo che mi ripianano le perdite. Quindi non c’è responsabilità. A chi si rivolge la responsabilità direzione e coordinamento? Chi è che subisce la responsabilità? La società o gli enti, cioè i soggetti a cui è giuridicamente imputabile l’attività di direzione e coordinamento.

**IL LEGITTIMATO ATTIVO**

Lo possono fare i soci di minoranza, i creditori sociali. Quando questa cosa accade?

* I soci quando subiscono un pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale. I soci cosa subiscono? Un pregiudizio alla partecipazione sociale che è stata compromessa sul piano del suo valore e della sua prospettiva di reddito.
* Mentre il creditore che danno subisce? La lesione cagionata all’integrità del patrimonio della società.

Questi sono dei normali danni riflessi, danni indiretti, che il socio subisce perché la società è stata danneggiata e quindi di riflesso è stata danneggiata la sua partecipazione; il creditore subisce questo danno perché il patrimonio è stato danneggiato.

Questa azione è una azione molto diversa rispetto a quella che abbiamo visto a suo tempo perché è vero che il socio può esercitare l’azione di responsabilità per lamentare un danno che la società ha subito, così come a certi presupposti abbiamo visto i creditori. Se vi ricordate quelle azioni erano finalizzate a reintegrare il patrimonio sociale perché appunto il danno è della società e solo di riflesso nei confronti di chi agisce. Questa azione è equiparabile sostanzialmente all’art. 2395, cioè quello che è riflesso in una società in sé considerata non lo è quando quella società fa parte di un gruppo. Quindi il danno che io subisco in quanto interesse esterno al gruppo, è un danno mio, che mi posso portare a casa.

Se la società diretta e coordinata viene assoggettata a procedure concorsuali, in particolare alla liquidazione giudiziaria, cioè l’attuale fallimento, si apre la procedura concorsuale nei confronti di un componente del gruppo e in questo caso ritornano i principi normali, cioè in questo caso l’azione 2497 viene acquisita dalla curatela che non esercita questa azione per tutelare l’interesse di Tizio o di Caio, ma esercita questa azione per tutelare gli interessi della massa.

Quello che vi ho detto prima vale quando io agisco a fronte di una società in bonis. Non viene meno quando io sono socio o creditore sociale di una società che viene assoggettata a procedura concorsuale perché in questo caso, ai sensi del quarto comma della norma che stiamo studiando, l’azione di responsabilità per direzione e coordinamento viene acquisita dalla curatela. Quindi in questo caso, di fatto, quello che recupera la curatela lo recupera per la massa e poi viene ripartito secondo le normali regole a favore degli aventi diritto. Quindi questa norma dice “tu creditore se ti vuoi muovere lo devi fare subito e se poi ci sono conseguenze che ti portano la società in procedura concorsuale a quel punto non puoi più agire perché per te e per altri fini agisce il curatore”.

Il terzo comma individua un altro presupposto che deve essere osservato nell’esercizio di questa azione. La norma dice “tu creditore, tu socio, puoi agire sulla capogruppo solo se non hai ottenuto una soddisfazione dalla società di cui sei socio, di cui sei creditore”. È una norma che consente una via di fuga alla società che dirige e coordina che può mettere nelle condizioni la società eterodiretta di poter tacitare questa azione di responsabilità. Cioè, quando io ritengo che ci sia stato una lesione sulla mia partecipazione sociale o sul patrimonio, prima di esperire l’azione, devo chiedere di essere risarcito. C’è quindi un **onere di richiesta**. Se agisci senza questa richiesta, cioè senza mettere in mora la società di cui sei socio/creditore, l’azione ti può essere bloccata da chi hai citato sollevando l’eccezione, cioè non aver richiesto prima alla tua società il risarcimento del danno.

Nei confronti di chi si rivolge questa azione? Nei confronti di chi esercita la direzione e coordinamento. Quindi nei confronti della capogruppo che può essere chiamata a rispondere del danno che viene cagionato. Attenzione che spesso accade che questa azione non coinvolge solo la capogruppo, ma anche una società figlia. Il secondo comma dice che risponde in solido per questo danno chi abbia preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio. Chi sono? Le società del gruppo.

Questa responsabilità, e la relativa azione, è un’azione che si rivolge al soggetto a cui è riferibile la direzione e coordinamento. Quindi io socio, io creditore, se agisco ex art. 2497 lo faccio nei confronti di chi è al vertice della catena di controllo o eventualmente di chi appartiene al gruppo ai sensi del secondo comma in quanto responsabili in solido. Non è una norma che riguarda la responsabilità degli amministratori. L’amministratore in quanto tale non è responsabile per la direzione e coordinamento. L’amministratore può essere responsabile per mala gestione. Chi viola la policy del gruppo potrà rispondere ex art. 2497.

**SCIOGLIMENTO, LIQUIDAZIONE ED ESTINZIONE**

Sono tre momenti che sono tra di loro collegati.

**Scioglimento** è la causa la quale può trovarsi una società.

Il riferimento normativo lo trovate nel Codice agli artt. 2484 ss, che, post riforma, queste norme sono state dettate in maniera unificata per tutte le società di capitali, cioè sono tutte norme che hanno una valenza applicativa nei confronti di tutte le società di capitale senza distinzione. Lo scioglimento è il fatto che presuppone l’attivazione di una certa disciplina e poi è un cambiamento di regole di svolgimento dell’attività sociale che porta all’estinzione della società cioè al cancellamento della società dal registro delle imprese, della perdita della soggettività giuridica.

Le cause di scioglimento possono essere: volontarie o oggettive.

* C’è una causa di scioglimento volontaria, la delibera assembleare, in cui modifico di fatto l’atto costitutivo quindi devo prendere la decisione come decisione modificativa dell’atto costitutivo quindi tramite assembla. I soci devono essere liberi di sciogliere la società quando gli pare. È una scelta tendenzialmente insindacabile, cioè i soci possono farlo senza giustificarlo.
* Le altre sono cause un po’ più oggettive ad esempio:

Decorso del termine. Quando scade il termine la società si scioglie. Nelle società di capitali non esiste la proroga c.d. tacita, così come non esiste la società irregolare. Questo fenomeno appartiene alla società di persone.

Altra causa oggettiva è il conseguimento dell’oggetto sociale. Del conseguimento dell’oggetto sociale come causa di scioglimento, se ricordate ne abbiamo parlato a proposito del “ricapitalizza o liquida”, o meglio più che altro a proposito della sottocapitalizzazione materiale, cioè il conseguimento dell’oggetto sociale come deve essere valutato? Deve essere valutato dal punto di vista materiale, ma deve essere valutato anche dal punto di vista giuridico, cioè se ho una concessione balneare in spiaggia e mi revocano la concessione e la società nasce per quello, l’oggetto sociale è giuridicamente impossibile. In questa università sono state scritte cose importanti su questo tema e cioè chi ha identificato come causa di scioglimento per conseguimento dell’oggetto sociale il fatto che la società fosse materialmente sottocapitalizzata: ho mezzi propri insufficienti per andare avanti forse la causa di scioglimento di cui al punto 2 si è verificata. Si tratta di una teoria molto autorevole scritta qui, ma si tratta di una lettura delle norme.

Impossibilità di funzionamento dell’assemblea.

Ci sono le cause di scioglimento legate alle perdite rilevanti al di sotto del minimo legale, ricordiamo che questo l’abbiamo visto e potrebbe essere una cosa interessante sul piano professionale: c’è una norma in questo momento, art 6 del DL 23/2020 che tratta in maniera a sé stante le perdite che si sono registrate fino all’esercizio del 2020, per queste perdite la causa di scioglimento non può valere. Molto discusso dal punto di vista pratico se si tratta di soltanto delle perdite registrate nel 2020 o tutte le perdite che si sono avute in passato fino al 2020.

Recesso: come causa legale di scioglimento qualora ci fosse l’opposizione dei creditori e quindi la riduzione del capitale sociale.

Altre cause previste dallo statuto anche queste sono oggettive. Si segnala che è stata introdotta come causa di scioglimento l’apertura della liquidazione giudiziale, anche se bisogna dire che guardando il codice della crisi di impresa si capisce che l’apertura della liquidazione giudiziale non è di per sé causa di scioglimento, ma lo diventa quando la sua chiusura avviene per esaurimento dell’attivo patrimoniale. Se devo chiudere la liquidazione e questa avviene perché non ho più soldi da distribuire ai creditori, in quel caso il curatore deve anche procedere con la cancellazione della società dal registro delle imprese realizzando l’estinzione; se si chiude con concordato in liquidazione in quel caso non si scioglie.

* Tutto questo per dire: quando si verifica una causa di scioglimento bisogna tenere presente che tale causa ha sempre un risvolto oggettivo cioè la causa produce degli effetti immediati. Non vorrei che vi mandasse in confusione, in grave errore, quanto disposto dal 3° comma dell’art 2484 che sembra far dipendere l’efficacia dello scioglimento dalla pubblicità che bisogna darne nel registro delle imprese, nel senso che quando si verifica una causa di scioglimento gli amministratori devono comunicare, iscrivere la causa nel registro delle imprese. Questa è una delle conseguenze dello scioglimento, quando quest’ultimo si verifica ha delle conseguenze automatiche sullo svolgimento dell’attiva sociale nel senso che cambia il codice organizzativo per lo svolgimento dell’attiva sociale, quindi in automatico la società si deve muovere sulla base di un altro registro comportamentale e qual è questo registro, cosa deve essere realizzato in queste eventualità, deve essere realizzata una prima cosa, cioè gli amministratori hanno un obbligo, una volta accertata lo scioglimento, gli amministratori per un verso devono effettuare una **gestione di tipo conservativo**, cioè conservare l’integrità del patrimonio della società, perché devono passare la palla ai liquidatori.

**Liquidazione** Nell’ordinamento italiano gli amministratori non sono i liquidatori, i liquidatori devono essere **nominati**, salvo che non ci sia una clausola dell’atto costitutivo con cui si dispone che accertato lo scioglimento, l’amministratore diventa liquidatore, ma in quel causa l’hanno autorizzato i soci attraverso l’atto costitutivo.

Se manca questa clausola gli amministratori hanno un dovere di convocare l’assemblea, sono i soci che decidono attraverso modalità assembleare. I soci devono nominare i liquidatori o un collegio di liquidatori.

I soci devono decidere **in che modo** deve essere realizzata la liquidazione, cioè i soci sul punto possono di fatto dare delle istruzioni generali sullo svolgimento della liquidazione, cioè possono autorizzare che:

- una liquidazione unitaria del patrimonio della società,

- oppure la vendita di rami del patrimonio della società,

- o la vendita di alcuni rapporti in blocco

- oppure possono decidere di autorizzare, quindi di imporre una liquidazione atomistica, cioè vendi “pezzo pezzo” il patrimonio.

Questa scelta è rimessa i soci perché sono i primi interessati dell’esito finale della liquidazione posto che la liquidazione deve pagare i creditori, poi se i soci vogliono guadagnare di più scelgono una certa soluzione altrimenti in caso contrario. Per dire che in sostanza i soci sono arbitri assoluti della modalità di svolgimento dell’attività di liquidazione.

Ma se il termine si è realizzato, quindi la società si è sciolta, quindi di fatto lo scioglimento produce, apre in automatico la fase della liquidazione; la causa di scioglimento una volta che si verifica o perché è provocata o perché è oggettiva, apre in automatico alla fase di liquidazione. Non c’è bisogno di una formalità alcuna per rendere operativa la fase di liquidazione.

Questo vuol dire che l’amministratore deve gestire in un certo modo, ha degli **obblighi comportamentali**, che sono obblighi di convocazione dell’assemblea, cioè di mettere nelle condizioni i soci di dover deliberare su queste cose e quindi per terminare, far cessare la “gestione ordinaria” (termine atecnico) per cominciare la gestione liquidatoria. Questo è formalmente vero nel caso in cui in cui gli amministratori dovessero essere investiti della carica di liquidatori perché comunque la gestione ordinaria va interrotta in maniera formale nel senso che io devo fare il rendiconto della gestione, devo fare una situazione patrimoniale e il rendiconto della gestione, quindi dal punto di vista formale passo da uno stato di gestione ad uno stato diverso perché lo stato diverso, essendo gestione diversa comincia con un documento formale che si chiama inventario.

Chi liquida deve fare l’**inventario**. Questi atti devono essere rispettati anche nel caso in cui gli amministratori siano dei liquidatori. Questo è il dover essere, cioè il comportamento che l’amministratore deve tenere, fermo restando che i soci una volta convocati potrebbero determinarsi di revocare lo stato di liquidazione, se si revoca lo stato di liquidazione di fatto la società continua a gestire o a dover essere gestita in modo ordinario, cioè io devo passare dai soci ma poi i soci devono dire cambio il termine, vado avanti ancora con la società e quindi di fatto la liquidazione che è cominciata con lo scioglimento viene automaticamente chiuso, si ha una immediata chiusura della liquidazione. Si segnala con riferimento alla revoca della liquidazione, che deve osservare quanto previsto dall’art 2487 ter, 2° comma: la revoca della liquidazione è sempre possibile però questa funziona come una decisone molto simile alla riduzione volontaria del capitale sociale, cioè nel senso bisogna iscrivere questa decisone nel registro delle imprese, si dovranno far decorrer 90 giorni nei quali i creditori possono fare opposizione e se accolta si procede.

Ci sono delle conseguenze in termine di responsabilità, responsabilità per danni. Questa viene menzionata dal 2° comma dell’art 2485 e dal 2° comma dell’art 2486. Quando gli amministratori omettono il compimento degli obblighi derivanti dallo scioglimento sono solidalmente responsabili per i danni arrecati a terzi. Sui danni degli amministratori per aver violato le regole che si attivano con lo scioglimento è stata introdotta una norma con il codice della crisi di impresa, 3° comma art 2486 che introduce come criterio presuntivo di quantificazione del danno il **criterio della differenza dei netti**, cioè si presume (presunzione difficilissima da ribaltare) che il danno viene provocato dallo svolgimento di una attività, gli amministratori sono chiamati a risarcire il danno che deriva dalla differenza tra il PN che si avrebbe o che si aveva nel momento in cui lo scioglimento si è verificato e il PN che si ha nel momento in cui l’amministratore è cessato, ovvero si è aperta la liquidazione oppure nel momento in cui si è aperta la procedura concorsuale. Si guarda la differenza di PN stimabile nel momento in cui la causa di scioglimento si è verificata con l’entità del PN che si ha nel momento in cui la liquidazione o la procedura concorsuale è di fatto iniziata. È un **criterio presuntivo** che mi dice un'altra cosa, mi dice il presumibile “quantum del danno”, cioè ex lege si presume che il danno sia la differenza delle due voci e normalmente il PN successivo è inferiore rispetto al PN precedente perché altrimenti che danno ci sarebbe (?). C’è un'altra cosa che dice questa norma e cioè il fatto che ci sia un danno dalla prosecuzione dell’attività di impresa senza dover dimostrare che quella prosecuzione dell’attività di impresa è stata causa del danno per la società, per il socio e per il creditore. Questo per dire che il 3° comma ha introdotto una regola presuntiva molto particolare del danno cagionato dagli amministratori che:

* da un lato esonera chi agisce dal dover dimostrare quanto è il danno, il creditore che agisce non deve dimostrare quanto è il danno, perché il danno si presume pari alla differenza dei netti,
* seconda cosa chi agisce non deve dimostrate di aver subito un danno in conseguenza della prosecuzione perché la norma presume che le cose siano così e quindi chiaramente una norma che è un po' sanzionatorie rispetto agli amministratori i quali se non fanno quello che devono in conseguenza della causa di scioglimento sono esposti a questa forma di danno, forma di danno che è per altro molto più consistente, nel caso in cui si apra la procedura concorsuale perché il danno rischia a volte di essere pari alla sbilancio patrimoniale.

C’è un rischio di sovrastimare il danno degli amministratori che non è detto la prosecuzione impropria dell’attività tipica di impresa sia causa o concausa dell’attività di danno, il danno potrebbe essere derivato dal fatto che è scoppiata la pandemia, ma se comunque tu eri in prosecuzione dell’attività e non ti eri fermato subisci questo rischio ed è una norma sanzionatoria molto forte.

Altro equivoco: il bilancio finché non è stata accertata la causa di scioglimento è sempre in continuità aziendale, cioè il cambio dei criteri di liquidazione sono di fatto subordinati all’accertamento, alla causa di scioglimento; su questo attenzione, perché anche da periti si scrivono delle cose, soprattutto sull’accertamento della causa di cui al punto 4 dell’art 2484, cosa che a volte non vanno bene.

Fermo restando la responsabilità degli amministratori, gli adempimenti degli amministratori potrebbero essere sostituiti dall’intervento del tribunale, cioè se gli amministratori non convocano l’assemblea per nominare i liquidatori, questi possono essere nominati su iniziativa di un socio da parte del tribunale, cioè il tribunale si sostituisce alla nomina assembleare dei liquidatori. È molto dubbio invece che il tribunale possa decidere il metodo di liquidazione, questo è molto dubbio, ma sicuramente la nomina è una delle competenze che può essere attribuita al tribunale.

L’organo di controllo, collegio sindacale, ha un potere suppletivo rispetto alla nomina dell’assemblea degli amministratori. A titolo informativo esistono delle forme di co-responsabilità tra sindaci e amministratori.

Con la nomina dei liquidatori la cosa importante da segnalare è il fatto che i liquidatori devono formalmente iniziare una nuova gestione attraverso l’inventario, due cose vanno segnalate a titolo informativo: non è vero che la liquidazione comporta una sospensione o una interruzione dell’impresa. La liquidazione normalmente avvien in continuità di impresa, e può durare anni, dipende dal metodo di liquidazione che è stato utilizzato, è possibile una liquidazione che avviene in circostanza di liquidazione dell’impresa. Sotto questo punto di vista sarebbe molto importante guardare, ma che non facciamo, capire come funzionano i bilanci nel caso della liquidazione e soprattutto capire quali sono i criteri di valutazione che devono essere applicati nei bilanci durante la fase di liquidazione. È un tema molto delicato.

La liquidazione si chiude dopo che è stato liquidato tutto il patrimonio cioè dopo che i rapporti sono stati risolti, cioè il pagamento dei creditori è avvenuto integralmente questa cosa deve essere formalizzata in un documento che è il **bilancio finale di liquidazione** il quale deve essere approvato da parte di tutti i soci all’**unanimità**, perché il bilancio finale di liquidazione contiene un diritto di credito della società verso il socio, cioè il PN una volta che sono state esaurite le pendenze con i creditori costituisce debito che la società ha verso il socio, quindi deve essere ripartito tra i soci e quindi il socio ha un diritto soggettivo alla liquidazione della quota di liquidazione, quindi in quest’ottica di fatto si richiede il consenso unanime che può avvenire in modo tacito, quindi il bilancio di liquidazione è approvato anche in maniera tacita da parte di tutti i soci e poi si passa alla terza ed ultima fase, l’estinzione.

**Estinzione** che avviene quando la società è cancellata dal registro delle imprese. L’estinzione fa venire meno il soggetto giuridico, quindi la società non esiste come soggetto.

In questa eventualità si pone il problema delle **sopravvenienze** soprattutto quelle **passive** che solitamente sono debiti con l’amministrazione finanziaria, cioè capita spessissimo che la società si sia estinta e gli accertamenti tributari abbiano evidenziato una posizione debitoria di un certo tipo, ma nei confronti di chi questa sopravvenienze può essere fatta valere. La norma stabilisce che queste possono essere lamentate nei confronti dei soci ma nei limiti di quanto hanno preso, cioè nei limiti della quota di PN che è stato acquisito dai soci, cioè la norma dice che non si può chiedere di più rispetto al PN che hanno ottenuto con il bilancio finale di liquidazione, non si può escutere oltre. Eventualmente si può chiedere il danno al liquidatore soprattutto se questa sopravvenienza è risultata tale per colpa del liquidatore, ma se il liquidatore non ne sapeva nulla e non ha ragione di ritenere che quella sopravvenienza ci sia e chiude, il liquidatore non può essere chiamato a rispondere. Il liquidatore può essere chiamato a rispondere dal titolare di una sopravvenienza passiva nella misura in cui questo signore fa valere un danno del liquidatore, cioè è quest’ultimo è responsabile, secondo la perizia professionale richiesta agli amministratori di SPA, però è responsabile per i danni che ha cagionato durante la fase di liquidazione.

Altra cosa le sopravvenienze **attive**, cioè risulta un bene che non è stato liquidato, che era stato trascurato, un immobile o un c/c attivo, cosa succede? Profilo molto dubbio! Non si capisce cosa succede, alcuni dicono che la società dovrebbe sopravvivere per sopravvenienza attiva, ma l’orientamento preferibile è che si instauri una classica comunione tra i soci, cioè viene acquisito in regime di comunione dai soci e quindi di fatto si applicheranno con riferimento a questo bene le norme che riguardano la comunione.

1. Il professore ricorda il caso di una società molto importante che prevedeva l’unanimità per l’approvazione del progetto di bilancio consolidato, quindi nell’ambito del gruppo, e per l’approvazione sul progetto di bilancio delle società controllate. Clausole di questo tipo lasciano piuttosto perplessi sul piano dell’ammissibilità, perché il rischio è ancora una volta quello di impallare il funzionamento non della singola impresa ma del gruppo. [↑](#footnote-ref-1)
2. Mentre nell’assemblea i soci astenuti avevano una rilevanza, in questo caso non si fa menzione degli amministratori astenuti, anche se probabilmente anche gli amministratori astenuti possono impugnare una delibera. [↑](#footnote-ref-2)
3. La logica sottostante a queste impugnazioni è la logica propria delle delibere assembleari annullabili. Non a caso è richiamata la norma procedimentale sulle delibere assembleari annullabili dell’art. 2378. Quindi, anche le delibere consiliari si impugnano secondo il procedimento delle delibere assembleari, in quanto compatibile, per quanto stabilito dall’art. 2378. [↑](#footnote-ref-3)
4. Può quindi essere applicata alle delibere consiliari non solo la norma procedimentale ma anche la norma sostanziale sull’impugnazione delle delibere assembleari. [↑](#footnote-ref-4)
5. Norma di matrice europea, i cui principi valgono indicati dal legislatore europeo valgono in generale per tutte le società di capitali [↑](#footnote-ref-5)